

Ueber den Satz:

IPSO JURE COMPENSATUR.

Eine Untersuchung aus dem römischen Rechte

von

Dr. August Ubbelohde,
Privatdocenten zu Göttingen.

Göttingen,
Vandenhoeck und Ruprecht's Verlag.
1858.

☞ Es wird gebeten die Rückseiten des Umschlags zu beachten!

Ueber den Satz:

IPSO JURE COMPENSATUR.

Eine Untersuchung aus dem römischen Rechte

von

Dr. August Ubbelohde,
Privatdocenten zu Göttingen.

Göttingen,
Vandenhoeck und Ruprecht's Verlag.
1858.

Herrn

Professor O. E. Hartmann

zu Göttingen

widmet dieses Erstlingswerk

ein dankbarer Schüler.

Vorwort.

Ob ich, über einen auch in der jüngsten Zeit soviel besprochenen Gegenstand meine Meinung äußernd, nichts Unnützes gethan habe, das mag dies Buch selber lehren.

Seine erste größere Hälfte führt indessen noch nicht geradezu in jene Meinung hinein, sondern enthält den Versuch die bisherigen Ansichten darzustellen und zu bekämpfen.

Wenn ich dabei namentlich aufs eifrigste und, wie ich hoffe, nicht vergeblich bemüht gewesen bin, die von Dernburg in seinem ausführlichen Buche über die Compensation vertretene Ansicht zu widerlegen; so ist das hauptsächlich umdeswillen geschehen, weil dieselbe in den beiden gegenwärtig am meisten verbreiteten Lehrbüchern des römischen Rechts als richtig anerkannt wird, nämlich, in der neuesten von Rudorff besorgten Ausgabe von Puchtas Pandekten und Vorlesungen und in von Vangerows Lehrbuche der Pandekten *).

---

*) Auch sonst hat sie Beifall gefunden. s. z. B. Magazin für Rechts- und Staatswissenschaft herausg. von Dr. Fr. Haimerl und Dr. J. Passy. 16. Bd. 3. Hft. N. F. 1. Jahrg. Wien 1857. Sptbrhft. Beiträge zur Theorie der Compensation nach österr. Rechte mit Rücksicht auf das gemeine Recht, von Herrn Dr. Karl Habietinek, Juristen-Präfekten im k. k. Theresianum. p. 187. Note *). p. 208 f.

Die eingehende Widerlegung dagegen der von Brinz aufgestellten und durch von Scheurl mit einigen Abweichungen vertheidigten Ansicht hat ihren Grund in der Darstellungsweise besonders des erstgenannten Schriftstellers. Es hat etwas höchst Unbefriedigendes das Ergebniß seiner scheinbar streng logischen Deductionen, dessen Verkehrtheit man leicht fühlt, anzugreifen, wenn man nicht zugleich die Fehlerhaftigkeit der Deductionen nachzuweisen vermag. Diesen Nachweis zu liefern habe ich mich daher nicht gescheut denselben bis ins einzelne nachzugehen. —

Was die Anordnung des Ganzen betrifft, so hat es mir am zweckmäßigsten erscheinen wollen, mit der Darstellung der älteren s. g. formellen Auffassung zu beginnen, deren Vorkommen in der Glosse und nach der Glosse bis ins 16. sec. von den neuern Schriftstellern auffallenderweise gänzlich übersehen ist. An die neben und nach dieser herrschende materielle Auffassung sodann reiht sich von den jüngern Auffassungen diejenige Dernburgs, welcher zufolge ebenfalls dem ipso jure eine materielle Bedeutung innewohnt. Daran schliest sich die Ansicht Bethmann-Hollwegs, die wenigstens theilweis auf etwas Formelles hinausläuft. Und endlich bilden die rein formellen Auffassungen Brinzens und von Scheurls den unmittelbaren Uebergang zu meiner eignen Anschauung, die ihrerseits im wesentlichen zu der ältesten Meinung zurückkehrt.

Göttingen, im December 1857.

Inhaltsverzeichniß.

---

§. 1.

Einleitung.

Es findet sich in einer Reihe von Stellen der justinianeischen Rechtsbücher der Ausdruck: ipso jure entweder in unmittelbarer oder in sehr naher Beziehung zu den Ausdrücken: compensari; compensatio fit, facta est; compensatio actiones minuit und ähnlichen. Die Stellen sind die folgenden:

I. l. 4. D. de compensationibus 16, 2. (Paullus libro 3. ad Sabinum.) Verum est, quod et Neratio placebat, et Pomponius ait, ipso jure eo minus fidejussorem ex omni contractu debere, quod ex compensatione reus retinere potest: sicut enim, quum totum peto a reo, male peto, ita et fidejussor non tenetur ipso jure in majorem quantitatem, quam reus condemnari potest.

II. l. 10. pr. eod. (Ulpianus libro 63. ad edictum.) Si ambo socii parem negligentiam societati adhibuimus, dicendum est, desinere nos invicem esse obligatos ipso jure compensatione negligentiae facta. Simili modo probatur, si alter ex re communi aliquid percepit, alter tantam negligentiam exhibuerit, quae eadem quantitate aestimatur, compensationem factam videri et ipso jure invicem liberationem.

III. l. 21. eod. (Paullus libro 1. quaestionum.) Postea quam placuit inter omnes id quod invicem debetur, ipso jure compensari, si procurator absentis conveniatur, non debebit de rato cavere, quia nihil compensat, sed ab initio minus ab eo petitur.

IV. l. 4. Cod. h. t. 4, 31. (Imp. Alexander Luciano.) Si constat pecuniam invicem deberi: ipso jure pro soluto compensationem haberi oportet ex eo tempore, ex quo

ab utraque parte debetur, utique quoad concurrentes quantitates, ejusque solius, quod amplius apud alterum est, usurae debentur, si modo petitio earum subsistit.

V. l. 14. eod. Imp. Justinianus Joanni P. P.) Compensationes ex omnibus actionibus ipso jure fieri sancimus, nulla differentia in rem, vel personalibus actionibus inter se observanda. §. 1. Ita tamen compensationes objici jubemus, si caussa, ex qua compensatur, liquida sit et non multis ambagibus innodata, sed possit judici facilem exitum sui praestare: satis enim miserabile est post multa forte variaque certamina, quum res jam fuerit approbata, tunc ex altera parte, quae jam paene convicta est, opponi compensationem jam certo et indubitato debito et moratoriis ambagibus spem condemnationis excludi. Hoc itaque judices observent, et non procliviores ad admittendas compensationes exsistant: nec molli animo eas suscipiant: sed jure stricto utentes, si invenerint eas majorem et ampliorem exposcere indaginem, eas quidem alii judicio reservent: litem autem pristinam jam paene expeditam sententia terminali componant: excepta actione depositi secundum nostram sanctionem, in qua nec compensationi locum esse disposuimus. §. 2. Possessionem autem alienam perperam occupantibus compensatio non datur.

VI. §. 30. J. de actionibus 4, 6. In bonae fidei judiciis libera potestas permitti videtur judici ex bono et aequo aestimandi, quantum actori restitui debeat. In quo et illud continetur, ut si quid invicem praestare actorem oporteat, eo compensato, in reliquum is, cum quo actum est, debeat condemnari. Sed et in stricti juris judiciis, ex rescripto Divi Marci, opposita doli mali exceptione, compensatio inducebatur. Sed nostra constitutio easdem compensationes, quae jure aperto nituntur, latius introduxit, ut actiones ipso jure minuant, sive in rem sive in personam sive alias quascunque; excepta sola depositi actione, cui aliquid compensationis nomine opponi sane iniquum esse credimus: ne sub praetextu compensationis depositarum rerum quis exactione defraudetur.

Von den Zeiten der Glossatoren herab bis auf die unsrigen haben sich nun verschiedene Meinungen darüber geäußert, welcher Sinn dem ipso jure in dieser Verbindung beizulegen sei; aber, wenn schon der gelehrte Streit mitunter geschwiegen hat, geschlich-

tet ist er noch heute nicht. Vielmehr haben ihn die jüngsten Werke über die Compensation auf neue lebhaft angefacht; und weil es bei dem Schwanken der Entscheidung nicht gilt eine herrschende, von Ehrfurcht gebietenden Auctoritäten fest und klar vertretene Ansicht zu bekämpfen, so mag es einem Neulinge nicht als Anmaßung ausgelegt werden, wenn er es wagt seinen ersten Schritt in das wissenschaftliche Leben auf dieses Gebiet und zwar mit der Absicht zu lenken unter den älteren Parteien seine eigene Meinung hören zu lassen.

Dabei soll gleich hier nachdrücklich hervorgehoben werden, daß dem gegenwärtigen Streite, und somit auch der vorliegenden Untersuchung, eine unmittelbar praktische Bedeutung kaum beigelegt werden darf [1]). Denn manche praktisch erhebliche Sätze, welche sonst wohl als Folgesätze einer bestimmten Erklärungsweise unseres Ausdruckes hingestellt worden sind [2]), weiß man, sofern man

---

1) Sintenis in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß. Bd. 18. (1843.) p. 1.

2) z. B. die Regel: contra exceptionem compensationis non potest opponi replicatio compensationis — als Folgerung aus dem Satze, daß die Einrede der Compensation, sobald sie vorgeschützt sei, ohne daß es dazu erst des derselben stattgebenden Urtheils bedürfe — ipso jure in diesem Sinne —, die ganze Obligation tilge. Baldus de Ubaldis Perusinus. ad l. 4. si constat Cod. de compens. 4, 31. Nro. 6. s. auch Tyndarus de compensationibus (im Tractatus tractatuum. Tom IV. P. II. Venet. 1584.) Art. VI. Nro. 50. Gegen diesen Unterschied der Compensationseinrede von den übrigen Einreden s. übrigens schon Paulus de Castro. ad l. 4. Cod. cit. Nro. 2. — Eine andere Begründung der Regel s. Fuhr in Schäffer's Archiv für practische Rechtswissenschaft. Bd. 1. Heft 2. Regensburg 1853. p. 141. verbunden mit p. 138. —

Ferner der Satz, daß der Bürge auch dann noch auf eine compensable Gegenforderung des Hauptschuldners sich zu berufen befugt sei, wenn dieser sich dieselbe bereits habe bezahlen lassen, — als Schlußfolgerung aus der Ansicht, compensabele Gegenforderungen wirkten durch ihre bloße Existenz — ipso jure in diesem Sinne — auf einander ein. — Alberici de Rosate Comm. ad Dig. vet. Lugd. 1545. ad l. 4. Verum. i. f. D. de comp. 16. 2. („est opinio eorum, qui dicunt, quod compensatio afficit creditum, etiam antequam opponatur, licet non perimat.") — Eine andere Begründung des Satzes s. Raphael. Fulgosius ad l. 4. D. cit. — vgl. G. G. Titii Juris privati romano-germanici libri XII. Ed. alt. Lips. 1724. lib. V. c. 13. §. 38. verbunden mit §§. 2. und 3, welcher, von dem gleichen Vordersatze mit den von Alb. de Rosate bezeichneten Juristen ausgehend, zu einem gerade entgegenge-

ihre Richtigkeit überhaupt anerkannt hat, anderweit und selbst bei einer entgegenstehenden Auffassung des ipso jure zu begründen. Einzelne wichtige Anwendungen aber, die folgerecht von gewissen Erklärungsversuchen hätten gemacht werden müssen [3]), sind entweder nie versucht, oder haben sich, wenn sie versucht worden

---

setzten Ergebnisse gelangt. — S. auch H. Dernburg, Die Compensation. Heidelberg 1854. §. 42. p. 407. —

Aehnlich ist es mit der Frage von der definitiven Befreiung des Pfandes durch eine compensabele Gegenforderung.

Endlich mit der Frage nach der Zulässigkeit der Compensation im Concurse des Schuldners, s. Dernburg c. l. §. 41. p. 394. f. vgl. u. a. mit H. Bayer, Theorie des Concurs-Processes nach gemeinem Rechte. §. 33. — A. M. Brinz, Ueber den Satz: compensatio fit ipso jure in den Blättern für Rechtsanwendung zunächst in Bayern. Nro. 6. den 16. März 1850. p. 81. f. — s. auch die Nachschrift des Herausgebers dazu, ebendas. Nro. 7. den 30. März 1850. p. 97—102. —

Andrerseits sollte die Entscheidung der Frage: ob gegen den Cessionar auch dann eine compensable Schuld des Cedenten zur Compensation gebracht werden könne, wenn schon vor der Berufung des debitor cessus auf dieselbe die Cession stattgehabt habe? — von dem Satze abhangen, daß die Compensation nicht eher die Obligation afficire, bevor sie geltendgemacht sei, dann aber ipso jure, d. h. mit der Wirkung, als sei in dem Augenblicke bereits compensirt, wo die compensabele Gegenforderung entstand. — Paul. de Castro ad l. 9. Ejus. Cod. h. t. vgl. Ant. Fabri Conjectur. Jur. Civ. Libri XX. Lugd. 1661. Lib. XII. c. XI. Nr. 6—8.

3) z. B. als Anwendung des Satzes, daß mit der bloßen Coexistenz compensabeler Gegenforderungen die sich deckenden Beträge derselben wie durch Zahlung getilgt seien, die Regel: der eine von mehreren correi debendi etiam non socii kann sich gegenüber dem gemeinsamen Gläubiger auf die compensabele Forderung berufen, welche dem andern correus gegen jenen zusteht. s. Dernburg c. l. §. 42. p. 408. Note 3.

Ferner als Anwendung desselben Satzes die Regel, daß, wenn jemand, von dem Rechte der Compensation wissentlich keinen Gebrauch machend, zahle, er nicht etwa noch seine Gegenforderung mit der daraus entspringenden Klage geltendmachen könne.

Interessant ist es zu sehen, wie Tyndarus c. l. Art. VI. Nro. 74. die Consequenz seiner Ansicht, daß durch die bloße Coexistenz compensabele Gegenforderungen sich aufheben, für den Fall mit den widersprechenden Quellen zu vereinigen sucht, wenn der Richter non habuit rationem compensationis. s. l. 7. §. 1. D. h. t. Nimirum, sagt er, si salva manet petitio: lex enim hoc casu restituit actionem jam peremptam ex maxima necessitate, sicut facit in multis casibus aequitate suggerente, ut in senatusconsulto Vellejano. (actio restitutoria. l. 8. §§. 7—13. D. ad SC. Vellej. 16, 1.)

sein sollten, des Beifalls der Wissenschaft nie zu erfreuen gehabt: standen ihr doch unwiderlegliche Quellenaussprüche entgegen [4]). Einige Fragen endlich, deren Entscheidung man sonst geradezu und fast ausschließlich hat von der Auffassung des ipso jure abhangen lassen, sind mit der Bedeutung der sie veranlassenden Rechtsinstitute ganz hinweggefallen [5]).

Entbehrt danach meine Aufgabe des Reizes einer lebendigen Anwendbarkeit, der einen Anfänger gewiß nicht am mindesten lockt; so wird es auf der andern Seite keiner Entschuldigung bedürfen, suche ich unbeirrt durch eine Nebenrücksicht auf die heutige Praxis, vielleicht sogar mit ängstlicher Einschränkung, den Vortheil festzuhalten, welcher eben aus jenem Mangel erwächst: den Vortheil nämlich einer rein wissenschaftlichen Behandlung meines Gegenstandes.

---

4) z. B. l. 10. D. de duob. reis. 45, 2. — l. 18. §. 4. O. commodati. 13, 6.

5) So mit der Verfestung und Reichsacht und mit der bürgerlichen Bedeutung der Excommunication die Fragen: ob der wegen einer privatrechtlichen Verbindlichkeit gerichtlich belangte Verfestete, Geächtete, Excommunicirte dagegen compensiren dürfe? was man glaubte verneinen zu müssen, falls man die Compensation für eine eigentliche Einrede (exceptio propria opp. exceptio facti et intentionis) hielt, quia in excipiendo reus fit actor, die genannten Personen aber als Kläger nicht auftreten konnten; — Sachsensp. Landr. III. 16. §. 3. c. 12. X. de except. 2, 25. c. 8. in VIto. de sentent. excommunicat. 5, 11. — während man denselben die Compensation gestattete, wenn sie als eine anderweite Vertheidigung angesehen wurde. Denn eine solche erlaubten ihnen die Rechte ausdrücklich. — Sachsensp. c. l. — c. 11. X. de except. 2, 25. (quum omnis legitima defensio excommunicato in judicio reservetur.) c. 7. X. de judiciis. 2, 11. etc.

§. 2.

Erster Abschnitt.

Darstellung der verschiedenen Ansichten über die Bedeutung des Satzes: **ipso jure compensatur.**

A. Aeltere Ansichten.

I. S. g. formelle Auffassung.

1. Von der Glosse bis gegen die Mitte des 16. Jahrhunderts.

Justinians Institutionen geben eine kurze geschichtliche Darstellung des Rechtsinstitutes der Compensation, der s. g. compensatio necessaria, bei Gelegenheit des Gegensatzes zwischen actiones bonae fidei und actiones stricti juris im §. 30. de action. 4, 6 [1]).

So bestritten der Inhalt dieser Darstellung im einzelnen ist; so unverkennbar hat man aus derselben seit der frühesten wissenschaftlichen Behandlung des römischen Rechts das herausgefühlt: es handle sich, wenn in judicia stricti juris die Compensation, statt wie ehedem vermittels einer exceptio doli, hernach ipso jure bewerkstelligt werde, zunächst, wo nicht ausschließlich, um die Aenderung einer Form.

Worin aber die Form geändert sei, davon konnte man begreiflicherweise nicht eher eine einigermaßen klare Vorstellung bekommen, als man eine leidlich richtige Anschauung vom Formu-

---

[1]) Abgedruckt oben §. 1. sub. VI.

larprocesse gewonnen hatte. Denn, so wenig zwar, wie wir sehen werden, aller formelle Gegensatz zwischen dem ope exceptionis und dem ipso jure mit dem Formularprozesse hinweggefallen ist: in so unmittelbarem Zusammenhange steht mit ihm die Begründung ihres eigentlichen Gegensatzes.

Vergebens würde es also sein über unsern Gegensatz auch nur annähernd sachgemäße Aeußerungen zu suchen bei den Schriftstellern bis gegen die Mitte des 16. Jahrhunderts, welche ihre juristischen Quellenstudien für das römische Recht fast lediglich aus den justinianeischen Sammlungen machten. In diesen ist ja geflissentlich gestrichen, was in den aufgenommenen Stücken sich auf den Formularproceß bezog, so daß es ganz unmöglich wäre, allein aus ihnen auch nur das dürftigste Bild vom agere per formulas zu entnehmen.

Indessen finden sich bekanntermaßen in den, aus der Zeit des Formularprocesses herrührenden, Pandektenfragmenten manche Spuren jenes Processes, die, nach gänzlicher Abschaffung der Formeln [2]) freilich ohne bekannte praktische Bedeutung, der interpolirenden Hand Tribonians entgangen zu sein scheinen [3]). Solche Spuren nun ins Auge fassend, suchten die Glossatoren und ihre Nachfolger jenen Gegensatz zu erklären, der, wie bemerkt, auch ihnen hatte auffallen müssen.

Den ältesten Beleg einer derartigen Auffassung, welcher mir aufgestoßen ist, enthält die Glosse des Accursius ad l. 4. §. 8. D. de doli mali et metus exceptione. 44, 4. Hier heißt es: Item quum ipso jure tollat compensatio actionem, quomodo excipitur? resp. exceptio intentionis hic dicitur doli, quae loco cujuslibet datur [4]).

Noch deutlicher tritt die Annahme eines formellen Gegensatzes zwischen der älteren und der neueren Weise der Compensation bei actiones stricti juris hervor in der Glosse zu §. 30.

---

[2]) l. 1. Cod. de form. subl. 2, 58. Constant. A°. 342.

[3]) Beispielsweise erinnere ich an die Stellen, worin gesagt wird, daß in der exceptio doli alle möglichen in factum exceptiones stecken, wie l. 2. §§. 4. 5. l. 4. §. 8. l. 12. de doli m. except. 44, 4. u. a. m.

[4]) Dann heißt es aber weiter: vel verius non compensationis est haec exceptio; sed quia non servas fidem restituendo pignus, nec ego tibi servabo restituendo debitum.

l. cit. ad verba: opposita doli mali]: et ita nota, quantum ad effectum nulla est differentia, sed quantum ad verba vel rigorem juris. Möchte man aber nach diesen Worten versucht sein bereits den Glossatoren eine ziemlich richtige Unterscheidung zwischen einer exceptio und einer s. g. qualificirten Negation für die Zeit des Formularprocesses zuzuschreiben: so zeigt dagegen eine der folgenden Glossen die völlige Unklarheit derselben über jene Begriffe [5]). Das Gleiche gilt von dem zu der besprochenen Stelle gehörigen Casus longus, der auch in manche glossirte Ausgaben der Institutionen [6]) zu den Worten: In bonae fidei] mit der Bemerkung: hoc dicit Franciscus (wohl Franciscus Aretinus, † ca 1486. [7]), soweit es uns hier angeht, fast wörtlich aufgenommen ist, und mit etwas veränderten Ausdrücken, und nicht ganz genau [8]), den Inhalt des §. 30. cit. wiedergiebt.

Der in der, oben abgedruckten, Glosse zu den Worten: opposita doli mali] §. 30. cit. geäußerten Ansicht treten nach dem Berichte des Joannes Faber [9]), auch Jacobus (wohl Jacobus de Ravanis, † ca 1296 [10]) und Petrus (wohl Petrus de Bellapertica, † 1308. [11]) bei.

---

[5]) Glossa ad §. 30. cit. ad v.: ipso jure minuant] — sed secundum hanc opinionem (nämlich, daß auch nach neuestem Rechte noch die Compensation opponirt werden müsse) quid adjiciatur in actione stricti juris ad id, quod erat olim? Resp. quia doli mali tantum objiciebatur exceptio, per quam non exstinguebantur actiones ipso jure, sed nunc etiam compensationis exceptio opponitur, per quam hinc inde actio exstinguitur.

[6]) z. B. Lugd. apud Hug. a Porta. 1550. ebendas. 1572.

[7]) s. v. Savigny, Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter. 1. Ausg. Bd. V. p. 318. f. Note 76. Bd. VI. p. 289.

[8]) sofern er, was §. 30. cit. nicht thut, wenngleich nicht ausschließt, erst Justinianen es zuschreibt, daß auch bei actiones stricti juris ipso jure compensirt werde.

[9]) ad instit. comment. Venet. 1488. ad tit. de act. 4, 6. §. in bonae fidei. (30.)

[10]) v. Savigny, c. l. Bd. V. p. 533.

[11]) v. Savigny, c. l. Bd. VI. p. 27. — Faber citirt: Ja. et Pe. s. v. Savigny, Bd. VI. p. 39. — Daß wenigstens beide von Fabern gemeinte Auctoren nach der Glosse geschrieben haben, geht mit Sicherheit hervor aus der entsprechenden Angabe des Jason Maynus ad tit. de act. §. in bon. fid. Nro. 58: — et cum hac glossa transeunt Jaco. et Pe. (Ed. Lugd. 1513.) vgl. v. Savigny. c. l. Bd. V. p. 100. f. Note 25. — Die Art, wie Faber bei dieser Gelegenheit den Gegensatz beschreibt, ist vielleicht am geeignetsten die bespro-

Aehnlich ist die Darstellung des Jacobus Butrigarius († 1348.), Lehrers des Bartolus [12]). — Auch Joannes Faber († um die Mitte des 14. Jahrhunderts [13]) nimmt jenen formellen Gegensatz an zwischen der früheren und der jüngeren Weise der Compensation bei actiones stricti juris; — ebenso Baldus († 1400 [14]), der sich übrigens außerordentlich unklar darüber ausdrückt. — Ferner erkennen die formelle Bedeutung des ipso jure in diesem unklaren Sinne an Angelus Aretinus s. de Gambilionibus. († nach 1451. [15]); — Nicasius de Voerda († 1492. [16]); — Jason Maynus († 1519. [17]) und andere.

Von solchen mögen hier aus dem 16. Jahrhundert noch angeführt werden Ulrich Zasius († 1535. [18]) und Gabriel Mudaeus († 1561. [19])

chene Auffassung zu vergegenwärtigen. Es heißt: Scis, quod sicut in actionibus proponendis est quaedam formula, ita in exceptionibus. l. si servus navem (1. pr.) de furt. (47, 2.) l. 1. §. Labeo (16.) de flumin. (43, 12.) haec autem formula erat diversa in actionibus bonae fidei et stricti juris, quia in actionibus bonae fidei opponebatur directe exceptio compensationis, sed in actionibus stricti juris non opponebatur, sed dicebatur: tu debes mihi tantum ex alia caussa; si solverem tibi ex caussa qua petis, oportet te mihi reddere. dolo facis quia petis quod restituturus es. et sic haec differentia erat quoad verba et modum proponendi et concludendi: sed non quoad effectum: ideo imperator hoc sustulit in hoc §. — hoc non videtur verum (nämlich, daß quoad effectum kein Unterschied gewesen sei.)

12) Super Cod. lectura. Paris. 1516. ad leg. Si constat (4.) Cod. de compensat. (4, 31.) verb: — olim in b. f. judiciis fiebat compensatio solum dicendo: compenso. In stricti juris demum opposita doli exceptione. hodie fit utrobique dicendo solum: compenso. — v. Savigny, l. c. Bd. VI. p. 60. —

13) c. l. s. Note 9. — v. Savigny, Bd. VI. p. 38.

14) in Instit. ad. §. 30. de action. ad verba: in b. f. — Venet. apud Iuntas 1615. — v. Savigny. Bd. VI. p. 203.

15) Comment. ad. Inst. Venet. 1484. ad §. in b. f. tit. de act. 4, 6. — v. Savigny, Bd. VI. p. 414.

16) Lectura libri ad Instit. ad tit. de act. §. 30. in b. f. — Colon. Agripp. 1493. — v. Savigny, Bd. VI. p. 421.

17) ad tit. de act. §. 30. in b. f. Nro. 60. — v. Savigny, Bd. VI. p. 350.

18) in tit. Inst. de act. in §. in b. f. Nro. 3. 6. 7. (in Opp. Lugd. 1550. Tom. IV. col. 181. 182.)

19) de actionibus ex Instit. libro IV. (opus posthum.) Francof. a/M. 1580. ad §. in b. f. Nro. 18. p. 610. —

Dabei mag im Vorübergehen bemerkt werden, daß während die herrschende

§. 3.

2. Seit der Mitte des 16. Jahrhunderts.

Nachdem man zum Zwecke rechtsgeschichtlicher Forschungen die außerhalb der justinianeischen Sammlungen uns überlieferten juristischen Schriften wie die nichtjuristische Literatur des römischen Alterthums kennen zu lernen angefangen hatte, gelangte man in nicht gar langer Zeit zu einer ziemlich sachgemäßen Einsicht in den Formularproceß. Namentlich bemerkte man die von jener Proceßform wesentlich vorausgesetzte Theilung des gerichtlichen Verfahrens, welche in ihrem eigentlichen Umfange und in ihrer großen Bedeutung den früheren Juristen unbekannt gewesen zu sein scheint [1].

Und so wurde es denn, gestützt auf §. 30. cit., rücksichtlich der Compensation für die Zeit des Formularprocesses die allgemein herrschende Ansicht [2]:

Ansicht unter den Glossatoren lediglich einen formellen Unterschied zwischen der alten und der neuen Art in actiones stricti juris zu compensiren erblickte — s. die oben im Texte abgedruckte Glosse zu §. 30. J. 4, 6. ad v. opp. doli mali] —, andere außerdem glaubten Unterschiede in den Wirkungen zwischen derjenigen Compensation annehmen zu müssen, welche opposita doli exceptione stattgefunden habe, und derjenigen, welche ipso jure stattfinde. Die letztere Ansicht vertreten mit Bekämpfung der Glosse und ihrer Vertheidiger, z. B. des Jacobus und des Petrus, Joannes Faber, Angelus Aretinus, Jason Maynus, Jasius, l. l. Ein Eingehen indeß auf die mannigfach von einander abweichenden Ansichten über diese differentiae effectus liegt, glaube ich, schon deshalb außer meiner Aufgabe, weil dieselben keineswegs der Geschichte der Lehre von der Compensation eigen sind, sondern ganz allgemein der Lehre von der Aufhebung der Obligationen angehören. — s. Puchta Pandekten. §. 286. — Abgesehen aber davon sind die Darstellungen der genannten Schriftsteller so unklar und mit so allgemein anerkannten Irrthümern angefüllt, daß es ein, obendrein wohlfeiles, Prahlen mit werthloser Gelehrsamkeit scheinen müßte, wollte ich sie wiedergeben.

[1]) vgl. z. B. R. Bachovii Echtii († 1635.) Comm. in 4. Inst. jur. civ. D. Justiniani libros theoretici et practici. Francof. 1661. ad §. in b. t. de act. nro. 2. — Ex ratione juris veteris, quam ignorarunt olim interpretes, et hac differentia fuit, quod ea, quibus obligatio ipso jure solvebatur, licet eorum nulla mentio facta esset apud praetorem, apud pedaneum judicem objicere licebat, etc.

[2]) Die Beweise dafür werden im Folgenden zerstreut vorkommen, sind

1) Bei actiones bonae fidei hat es von jeher einer besondern Fassung der formula nicht bedurft, um den Privatrichter zur Berücksichtigung einer compensabelen Gegenforderung zu bevollmächtigen;

2) bei actiones stricti juris dagegen konnte anfangs der Privatrichter compensabele Gegenforderungen nur dann berücksichtigen, wenn ihm der Magistrat dazu die Vollmacht mittels einer in die formula eingerückten doli exceptio ertheilt hatte.

Insofern nun jene Vollmacht, welche hier also erst ope exceptionis ausdrücklich verliehen werden muste, bei den Klagen der erstern Gattung nach Maßgabe der Worte: ex fide bona schon vermöge des ordentlichen Klagformulars dem Richter gegeben war, — konnte man nunmehr mit klarem Begriffe sagen, wie man ohne Einsicht in die Proceßform schon früher gesagt hatte [3]): in bonae fidei judicia ist von jeher ipso jure compensirt worden [4]).

---

größtentheils auch bekannt genug. — Erwähnt werden muß hier indessen einer eigenthümlichen Darstellung, nämlich des Adam Ebert, disput. de eo quod fit ipso jure. (pr. Sam. Stryk Francof. 1685. — Ed. 2. 1723.) Membr. 2. sect. 1. § V. Quod vero dicatur, aequa judicis aestimatione factum, ut ante Justinianum debitum reciprocum compensatum in bonae fidei judicio, indicium praebet, illis temporibus ne quidem in b. f. judiciis compensationem ipso jure minuisse debitum. Nam si ipso jure compensatio debitum minuit, i. e. liberat ab obligatione, non video, quid opus ipsi fuerit aequa judicis aestimatione, quum ordinarium judicis officium, stricti juris judiciis quoque debitum, ad diminutionem illam s. liberationem suffecerit. Nam in omni judicio judicis potestas est absolvere illum, qui non erat obligatus ipso jure, talis est qui compensatione liberatus. Censendum igitur ante Justinianum imp. in bonae fidei judicio exceptione factam fuisse compensationem, sed quam ipso jure innatam judex officio suo potuerit applicare. In stricti juris judicio autem exceptione a reo contestanda. — s. auch Bethmann-Hollweg, Beitrag zu der Lehre von der Compensation. Rhein Museum Bd. 1. Heft 4. p. 274. f.

[3]) z. B. Glosse ad §. 30. J. de act. cit. ad verba: ipso jure], abgedruckt §. 2. Note 5. — Casus ad h. l. — Butrigarius. §. 2. Note 12. — Joann. Faber. §. 2. Note 11. u. s. w.

[4]) Denn für unsere aus der Zeit des Formularprocesses herrührenden Quellen ist bekanntlich eine der hauptsächlichsten Bedeutungen des Ausdrucks ipso jure diese: was nach Inhalt der ordentlichen, zur Geltendmachung irgend eines Rechtes vom Magistrat aufgestellten, formula dem über dieses Recht erkennen-

den judex privatus zu berücksichtigen vorgeschrieben ist, — das wird ipso jure wirksam. Es ist also lediglich Frage der Interpretation eines solchen ordentlichen Formulars, was danach berücksichtigt werden darf und muß, was nicht; — l. 17. D. de pec. constit. 13, 5. — l. 34. §. 1. D. de O. et A. 44, 7. — l. 1. §. 7. D. quar. rer. act. non datur. 44, 5. — l. 38. l. 58. D. de H. P. vgl. mit l. 39. §. 1. l. 50. §. 1. eod. — l. 95. §. 4. D. de solut. 46, 3. vergl. mit l. 42. pr. D. de jurej. 12, 2. — v. Keller, der römische Civilproceß, §. 35. Puchta, Instit. Bd. 2. §. 170. Noten s. w. y. z dd. — eine Frage, die sich übrigens beiläufig bemerkt — vgl. Krug, Die Lehre von der Compensation. Leipzig 1833. § 10. p. 29. §. 8. p. 22—24. Brinz, Die Lehre von der Compensation. Leipzig 1849. §. 11. p. 39. f. Ders. in den Blättern für Rechtsanwendung zunächst in Bayern cit. 1850. Nro. 6. p. 85. f. — s. auch dess. Lehrbuch der Pandekten. Abth. 1. Erlangen 1857. §. 39. p. 133. — keinesweges blos danach beantwortet, auf welcher Rechtsquelle der Schutz eines Umstandes beruht. — Puchta c. l. Note q. v. Keller c. l. §. 35. zu Anfange. —

Alle auf das fragliche Recht Einfluß äußernden Umstände nun, welche nicht schon nach dem einfachen Formulare zu berücksichtigen waren, wonach der Privatrichter über jenes zu urtheilen angewiesen wurde, — alle diese wirkten nicht ipso jure in unserem Sinne. Auf welche Weise sie aber im Gegensatze dazu der richterlichen Berücksichtigung unterworfen wurden, das war in verschiedenen Fällen verschieden. Gegenüber einem klagweise geltendgemachten Rechtsanspruche brachte der Beklagte illiquide Vertheidigungsgründe, die nicht als Negation der gewählten Klagintention sich darstellten, regelmäßig mittels einer dieser letztern angefügten exceptio zur Untersuchung des judex privatus; — umgekehrt der Kläger illiquide Vertheidigungsgründe der Art wider die exceptio des Beklagten mittels eines ferneren Formelzusatzes, der replicatio. — v. Keller. c. l. §. 37. Puchta. c. l. Noten y. z. dd. —

Allein, wenn immer dies der gewöhnlichste Weg war Rechtsansprüche der fraglichen Interpretation geltendzumachen, und deswegen den häufigsten Gegensatz zu unserm ipso jure das ope exceptionis bildet — B. Brissonius, de verborum quae ad jus civile pertinent significatione. Ed. Heineccius. Hal. 1743. s. v. Jus. nro 4. Krug. a. a. O. §. 10. p. 29. cit. Brinz, die Lehre pp. §. 11. p. 39. cit. —: so ist es doch keineswegs der einzige. Auch die Nothwendigkeit einer in integrum restitutio behufs der Geltendmachung eines rechtlichen Anspruchs kann als Gegensatz des ipso jure zugewährenden Schutzes gedacht sein. So heißt es z. B. in l. 16. §. 1. D. de minor. 4, 4, sei eine societas mit betrüglicher Uebervortheilung eines Theils eingegangen, so bedürfe es keiner in integrum restitutio, denn eine solche societas sei von vornherein nichtig, und der Uebervortheilte sei satis ipso jure munitus; und ähnlich in l. 3. §. 3. D. pro socio 17, 2. (ipso jure nullius momenti). Denn wenn in einem solchen Falle derjenige, welcher den andern betrüglich übervortheilt hat, die actio pro socio gegen diesen anstellt, so hat ihn zurückzuweisen der judex privatus schon durch die gewöhnliche Intention: quidquid

ob eam |rem dare facere oportet ex fide bona genügende Vollmacht, quia fides bona contraria est fraudi et dolo. — (Ob l. 4. Cod. in quib. causs. in integr. 2, 41. Diocl. et Maxim. 'A°. 294. und l. 3. Cod. si adv. libert. 2, 31 Valer. et Gallen. A°. 261. auf den Formularprozeß bezogen werden können, mag dahingestellt bleiben) So kömmt ferner das ipso jure als Gegensatz auch der in integrum restitutio gedacht vor in l. 8. §. 16. D. de inoff. test. 5, 2. vgl. §. 5. J. de hered. quae ab intest. 3, 1. Ist nämlich mit der querela inofficiosi testamenti das Testament rescindirt, so kann nun der obsiegende Pflichttheilsberechtigte Sclaven, welche in dem geworfenen Testamente freigelassen waren, vindiciren, ohne daß es dazu der in integrum restitutio seitens des Prätors bedürfte. Wenn umgekehrt eine in dem so geworfenen Testamente mit einem Legate bedachte Person gegen den besiegten Testamentserben auf Auszahlung des Legats klagt; so kann sich der letztere, ohne vorher um in integrum restitutio nachzusuchen, unbedenklich auf den Proceß einlassen; denn der judex privatus hat einfach auf den Grund der Rescission des Testamentes eine solche Klage zurückzuweisen, auch ohne daß er dazu etwa erst vermittels einer exceptio instruirt zu werden brauchte. — s. auch l. 13. eod 5, 2. l. 36. D. de legat. III. — Aehnlich wird es sein, wenn Erbschaftsgläubiger gegen den besiegten Testamentserben klagend auftreten: es hat aufgehört wahr zu sein, daß dieser ihnen schuldet, und folgeweis hat der Privatrichter ihn der Klage zu entledigen, sobald nur die Rescission des Testamentes dargethan ist, daraus er die Erbschaft erworben hatte. Da es nun einerseits in der That schwer sein möchte einen praktischen Grund verschiedener Behandlung auszufinden, und weil es anderseits in l. 21. §. 2. D. de inoff. test. 5, 2. ganz gleichförmig allgemein heißt: evicta hereditate per inofficiosi querelam ab eo, qui heres institutus esset, perinde omnia observari oportere, acsi hereditas adita non esset: so sehe ich keinen Grund dafür mit Dernburg, die Compensation §. 34. p. 342. anzunehmen, es habe in dem Falle erst einer in integrum restitutio bedurft, wo der besiegte Testamentserbe eine Forderung geltendmachen will, welche ihm gegen die Erbschaft zugestanden hatte, bevor er aus dem Testamente Erbe wurde. Hier bittet er sich vielmehr auf die gewöhnliche Weise die gewöhnliche formula für das ihm zuständige Klagerecht aus; und schon darnach ist der judex privatus befugt, den beklagtischen Einwand zurückzuweisen, des Klägers Forderung sei durch Confusion erloschen. Dernburg hat seine Behauptung zu belegen nicht einmal versucht; und so wird ers niemandem verargen dürfen, wenn die Existenz der actio fictitia, welche der Prätor bei solcher Gelegenheit dem besiegten Testamentserben zur Geltendmachung seiner infolge des Erbschaftsantrittes durch Confusion einmal untergegangenen Forderung im Wege einer Restitution ertheilt haben soll, so lange bezweifelt wird, bis Quellenbelege dafür beigebracht werden. Denn als solcher kann Keller Civilpr. §. 79. sub 4., auf den die Ausdrücke matter of course und actio fictitia hinweisen, doch unmöglich hier dienen. — Argumento a contrario sprechen ferner gegen Dernburg mehrere Stellen, welche ausnahmsweise demjenigen, dem als indignus die erworbene Erbschaft entrissen wird, die in integrum restitutio der durch den, dauernd wirk-

Wie aber war es mit den judicia stricti juris? Wenn es heißt, auch in ihnen finde die Compensation ipso jure statt, ist es da denkbar, daß dies ipso jure, geradeso wie bei den judicia bonae fidei, sich umschreiben lasse: sine exceptione formulae inserta? — Das muß davon abhangen, in welche Zeit man das Aufkommen der Regel zu setzen hat, wonach auch bei solchen Klagen ipso jure compensirt wird. Denn in Beziehung auf die formula kann es natürlich höchstens für den Zeitraum verstanden werden, während dessen überhaupt per formulas processirt wurde; und die letzten Ueberreste dieses Verfahrens hat bekanntlich Constantin der Große im Jahre 342 abgeschafft [5]. Nimmt man also an, daß jene Regel erst von Justinian in der l. ult. Cod. h. t. gegeben sei; so kann das ipso jure bei allen andern als actiones bonae fidei von vornherein den fraglichen Sinn nicht gehabt haben.

samen, Erbschaftsantritt confundirten Obligationen zusagen. — l. 21. §. 1. D. de SC. Silan. 29, 5. (integrato jure debiti.) l. 17. D. de his quae ut indign. 34, 9. (actionem confusam restitui.) cf. v. Vangerow, Lehrbuch der Pandekten. Bd. I. §. 186. sub 7. — s. auch l. 8. l. 18. §. 1. eod. (auxilio restitutionis.) l. 29. §. 1. D. de jure fisci. 49, 14. Denn höchst auffallend müßte es in der That genannt werden, wenn, während hier ausdrücklich immer der in integrum restitutio gedacht wird, bei der so wichtigen Querel, in deren Folge eine solche Restitution hätte etwas recht Häufiges sein müssen, dieselbe nicht Einmal angedeutet würde.

(Nebenbei mag auch noch bemerkt werden, daß das Citat in Note 1. bei Dernburg p. 341. zu dem Glauben verleiten möchte, Sintenis in der Zeitschr. für Civilr. und Pr. Bd. 18. p. 32. beziehe die in der l. 21. §. 2. erwähnte compensatio auf eine Compensation gegen die Querel selbst; während doch Sintenis c. l. und p. 33. wörtlich sagt: „Indessen läßt sich allerdings die Compensation nicht gegen die in der inofficiosi querela enthaltene hereditatis petitio gerichtet annehmen, denn sie ist nach den Worten evicta hereditate schon zu Ende geführt, sondern nur gegen die ihr etwa folgende judicati actio." — Der in den Worten „evicta hereditate" gesuchte Grund ist freilich schwach genug: evicta ist die Erbschaft von dem Augenblicke an, wo der judex die pronuntiatio dahin erlassen hat, der Kläger sei Erbe: die Condemnation braucht noch nicht erfolgt zu sein; vgl. beispielsweise l. 17. D. de H. P. 5, 3, wo offenbar nur an die hereditatis petitio, dagegen nicht im entferntesten an die actio judicati gedacht werden kann. Denn zu dieser würde so wenig die retentio rerum hereditariarum seitens des Beklagten, als das Verlangen nach Cession der in jener Stelle besprochenen Klagen gegen die Legatare seitens des Klägers passen; und doch ist die nothwendige Voraussetzung der gedachten Klagen die evictio hereditatis. — Auf die Sache selbst einzugehen liegt nicht in meiner Aufgabe.)

[5]) l. 1. Cod. de form. sublat. 2, 58.

Allein es hat seit der Mitte des 16. Jahrhunderts stets Juristen gegeben,[6]) welche die Neuerung Justinians nicht auf unsere Regel bezogen, welche vielmehr annahmen, daß noch in der classischen Zeit nicht lange nach Marcus Aurelius in Beziehung auf die Compensation actiones bonae fidei und actiones stricti juris als solche sich völlig gleichgestellt und in beiden ipso jure in Einer und derselben und zwar in der angegebenen, auf die formula bezüglichen Bedeutung compensirt worden sei. Als Vertreter dieser Ansicht will ich nur anführen den Jacobus Cujacius († 1590.[7]) und den Hugo Donellus († 1591.[8])

---

[6]) Früher nahm man dagegen, so weit ich weiß, allgemein an, die fragliche Aenderung rühre erst von Justinian her. s. z. B. den Casus ad §. in b. f. Joann. Faber ad h. l. cit. §. 2. Note 11. u. s. w.

[7]) in einer ganzen Reihe von Stellen, z. B. Recitat. solemn. in lib. IV. Cod. (1561.) tit. de comp. pr. — Olim in actionibus strictis nec ipso jure nec per exceptionem compensatio admittebatur, ipso jure in bonae fidei actionibus admittebatur, quia exceptiones doli bonae fidei negotiis insunt. — tandem — constitit — ubique ipso jure compensationem fieri et in bonae fidei et strictis judiciis.) ibid. ad l. 8. (Objicitur compensatio sine exceptione, quia fit ipso jure.) — Recitat. solemn. in libros IV. prior. Cod. ad tit. 31. lib. IV. und ziemlich wörtlich gleichlautend in Paratitla ad h. l. — Not. in libr. IV. Cod. ad l. ult. tit. 31. lib. IV. — Not. ad lib. 16. D. tit. 2. l. 21. — Comm. in lib. 1. Quaest. Pauli ad l. 21. de comp. — Obs. VIII. 16. (zuerst 1564.) XV. 1. (zuerst in der Zeit zwischen 1573 – 1579.) Fit enim et quae (sc. pensatio) tacito jure fit ratione doli exceptionis, non quam exprimi, opponi (unter opponere exceptionem versteht Cujacius ein Vorbringen der Einrede in derjenigen Fassung, worin dieselbe der formula eingeschaltet werden soll, und stellt so dies opponere dem contestari entgegen. Recit. solemn. ad l. 7. Cod. tit. 33. de praesc. longi temp. pr.) et actionis formulae subjici necesse sit (aliud enim est opposita exceptione, aliud ratione doli exceptionis), sed quae inest hodie omnibus judiciis ex caussa compensationis, ex alia caussa judiciis tantum bonae fidei.) u. s. w. Es scheint mir daher, Brinz, die Lehre von der Compensation p. 7. thue dem Cujacius unrecht, wenn er behauptet, diesem sei die Bemerkung nicht in den Sinn gekommen, daß in dem Satze compensatio fit ipso jure das ipso jure; im Gegensatze zu ope exceptionis stehe. — Aber dadurch unterscheidet sich Cujacius allerdings von Donellus, daß der erstere in dem ipso jure hier noch etwas Weiteres sucht. s. §. 4. Note 23.

[8]) Ad tit. de actionibus. (zuerst Lugd. Batav. 1583.) §. XXI. ad §. in bon. fid. nro. 4. 5. — Comm. ad tit. 31. Cod. lib. 4. ad l. si constat (4.) (zuerst Lugd. Batav. 1587.) Nro. 7. 8. 9. 12. — Comm. jur. civ. lib. 16. c. 15. (lib. 12—16 zuerst Francof. 1595. ed. Scipio Gentilis.) Nro. 38. —

Uebrigens haben auch manche andere vor und nach Donellus die Ansicht

zeichnet, daß das ipso jure hier blos die Entbehrlichkeit einer exceptio bedeute. — A. M. Brinz, p. 7. Dernburg p. 290 sub. 5. Krug p. 94. Note 198. erklärt Donellus für den einzigen, welcher die processualische Bedeutung unseres Satzes hervorgehoben habe. Schon Eguinarius Baro 1546. in seinem Comm. ad Inst. lib. 4. ad tit. de act. §. in bon. fid. in Opp. Tom. II. Lutet. 1562.) Quod est de compensatione ex caussa liquida, ita in judicium „veniat", locum habebit, ut qui ante condemnationem, jam fere convictus, compensationem debiti, quod in aperto sit, allegaverit, audiri debeat, et in reliquum condemnari. Quamvis exceptio compensationis ex constitutione D. Marci contestanda fuerit initio et olim in jure apud praetorem. Ders. in Manualia in partem III. Dig. ad tit. de comp. (zum Theil nach dem Tode des Verfassers † 1550. herausgegeben in Opp. Tom. I.) — Franciscus Duarenus († 1559.) ad. tit. de comp. Cod. 4, 31. et Dig. 16, 2. (in Opp. Francof. 1607.) cap. II. de effectu compensationis: Nihil autem refert, quomodo opponatur compensatio in judicio. Olim in strictis judiciis necessaria erat doli exceptio. Haec exceptio doli introducta fuit a D. Marco. Idem statuit Justinianus: Omnes actiones sive sint stricti juris, sive bonae fidei minui per compensationem. Ipso jure i. e. necessaria non est doli exceptio, etiam si strictum sit judicium, ex quo agitur, sed ipso jure compensatio fit. Sic etenim accipiendum est quod dicitur ipso jure — Indeß sieht Duarenus in dem ipso jure wenigstens für den Fall, si quantitas cum quantitate compensatur, etwas Mehreres, nämlich, daß alter ab altero liberatur, antequam veniatur ad judicium. Für den von ihm auch als Compensation bezeichneten Fall dagegen, ubi quantitas cum specie compensatur, bleibt es bei der blos formellen Erklärung. — Matthäus Wesenbecius in Pandectas jur. civ. et Cod. Justin. libr. 12. Comm. Basil. 1575. (Bekannt ist mir auch eine Ausgabe das. 1566. unter dem Titel Paratitla in pandectas jur. civ. jam primum ab auctore aedita, recognita et aucta. Fälschlich also bemerkt Puchta, Pand. §. 9a. Note e. „zuerst 1568." Lipenius setzt die erste Ausg. haud dubie 1565; die Vorrede der Ausg. von 1566. sagt: — cum prioribus annis — hoc opusculum — in lucem prodierit. — Auch Hugo, Lehrbuch eines civil. Cursus. Bd. VI. 3. Versuch. Berl. 1830. p. 349. setzt die erste Ausg. d. Paratitla 1565.) Ad tit. de comp. nro. 8. — Et apud Justinianum ea verba nihil aliud velle, quam quod compensationes, videlicet quum ab homine opponuntur, ita insint ipso jure indifferenter judiciis, ut etiam nulla inserta (ut olim) a praetore judicii formulis compensationis exceptione atque clausula possit judex, postquam oppositae sunt, de iis nihilominus cognoscere. Ders. in Comm. in Instit. jur. libros 4. Basil. 1576. §. 26. de act. (ad. §. in b. fid.) Note i. ipso jure]. Ex solo compensationis objectu absque ulla formula vel conditione exceptionis judicio apposita.

An Nachfolgern des Donellus, wenn man sie so nennen will, führe ich, außer dem von Brinz §. 2. p. 4. Note 13. genannten Jacobus Mästertius († 1658.) Sedium atque tractatuum pp. Lugd. Bat. 1661. De compensat., noch an Herm. Vultejus († 1634.) in Inst. jur. civ. Comm. Ed. 3. Marp. 1605. ad §. 30. de act. nro. 3. 4. (dessen Tractatus de comp. Marpg.

Für die Zeit jedoch nach der Aufhebung des Formularprocesses muste, wie bemerkt, ein formeller Gegensatz zwischen dem ope exceptionis und dem ipso jure anderswo als in der Nothwendigkeit und Nichtnothwendigkeit eines Formelzusatzes gesucht werden. Und der dann noch nachweisbare formelle Gegensatz muste zugleich den praktischen Grund enthalten, weshalb Justinian, wie man ziemlich allgemein annahm, in der l. ult. Cod. de comp. verordnet hatte, auch bei actiones in rem sollte ipso jure compensirt werden [9]. — Diejenigen endlich, welche Justinianen es zuschrieben, daß in strictis judiciis ipso jure compensirt werde, musten die Bedeutung jener Aenderung, soweit sie dieselbe für formell hielten, ebenfalls in einem solchen Gegensatze des spätesten römischen Processes suchen. Zu den letzteren gehören z. B. Baro [10], Duarenus [11], Maestertius [12] und manche andere [13].

1589. ich freilich nicht kenne.) Petrus Heigius Comm. ad Inst. Witenb. 1603. ad h. l. Diodor. Tuldenus († 1645.) Comm. in Dig. (Opp. Lovanii. 1702. Tom. I.) ad tit. de comp. ad. l. quum alter (11.) cap. III. nro. 3. Averanius Interpret. jur. Lugd. Bat. 1753. Lib. 1. c. 14. §§. 37. 38.

[9]) Cujacius hat zwar mehrfach z. B. in Obs. VIII. 16. und Not. ad lib. 16. Dig. tit. 2. l. 21. behauptet, Justinian habe durch jene Constitution nichts Neues eingeführt; hat jedoch diese scheinbar durchgreifende Behauptung z. B. in der recit. ad lib. 4. Cod. tit. 31. dahin eingeschränkt, daß in dem fraglichen Gesetze keine andere Neuerung getroffen sei, als wonach auch gegenüber actiones in rem compensabele Gegenforderungen sollten ipso jure abgesetzt werden. — S. auch Edm. Merillii Variant. ex Cujac. lib. 2. c. 4. —

Auf die retentio bezieht bekanntlich Petrus Bellojus in disput. de comp. (in Meermann. Thes. Tom. IV. p. 729. ff. — zuerst Paris. 1583.) die Aenderung der l. ult. Cod. cit., so daß es zu deren Geltendmachung von nun an keiner exceptio doli mehr bedürfe, die, wie er meint, M. Aurelius zu diesem Zwecke gegeben habe.

[10]) Manualia in part. III. Dig. ad tit. de comp. s. Note 8. — Baro bemerkt, die Stellen des Paullus, z. B. l. 4. l. 21. D. h. t., welche in ihrer gegenwärtigen Gestalt, das ipso jure compensare bei allen Arten persönlicher Klagen zuließen, seien danach entweder interpolirt oder ursprünglich nur auf bonae fidei judicia bezogen.

[11]) c. l. Note 8.

[12]) c. l. Note 8.

[13]) z. B. Barnab. Brissonius. de solut. et liberat. (in Opp. Paris. 1605.) lib. 2. de comp. — Georg Frantzkius. Comm. in 21. lib. Pand. Francof. et Lips. 1678. (Die Vorrede ad lect. benev. ist von Gota a Museo 1644.) ad lib. 16. tit. de comp. nro. 18. — etc.

Worin aber sollte dieser Gegensatz liegen? Das beantworten freilich viele der ihn annehmenden Schriftsteller, wenigstens bei der fraglichen Gelegenheit, nicht. Andere aber drücken gerade hier ihre Ansicht darüber aus, und diese ist die folgende: Jede Vertheidigung, die ope exceptionis geführt wurde, muste gleich bei der Litiscontestation angemeldet werden. [14]) Bei ipso jure geltendzumachenden Vertheidigungsgründen war dagegen eine derartige vorläufige Anmeldung nicht nothwendig. Und wenn es daher im justinianeischen Rechte heist: ipso jure compensatur, so sagt das eben nichts, als daß eine compensabele Gegenforderung an sich in jeder Lage des Processes geltendgemacht werden konnte. So Baro [15]), Donellus [16]), Lindemann[17]), Maestertius [18]), Arumaeus, [19]) Tuldenus. [20])

Weisen somit die angeführten Werke, denen sich vielleicht noch eine Reihe anderer hinzufügen ließen, unzweifelhaft nach, daß man bis zur Mitte des 17. Jahrhunderts die versuchte formelle Erklärung nicht allein gekannt, sondern auch nicht so gar selten für völlig ausreichend gehalten hat; so läst sich auf der andern Seite nicht verkennen, daß daneben bald die, nur auf kurze Weile in den Hintergrund gedrängte, heutzutage s. g. materielle Ansicht über das ipso jure mehr und mehr wieder hervortrat und endlich die bis auf die neuere Zeit allein herrschende geblieben ist. Und so unerklärlich scheint das am Ende nicht.

Denn, wenn man das ipso jure noch für das justinianeische Recht als formellen Gegensatz zu einem ope exceptionis auffas-

---

[14]) l. 9. Cod. de praesc. longi temp. 7, 33. l. 8. Cod. de except. 8, 36.

[15]) ad. §. 30. J. de act. cit. Note 8.

[16]) l. l..

[17]) Exercit. Justin. Rostoch. 1618. ad. §. 30. J. de act. — Opponi autem compensationis exceptio semper et in qualibet judicii parte potest.

[18]) l. c. Quaest. An compensatio ipso jure fiat an per exceptionem? — — Ita ut necesse non sit initio litis eam contestari peremptoriarum exemplo.

[19]) Exercit. 26. ad Pandectas. Jenae 1672. disput. 12. thes. 8. an comp. ipso jure fiat? 1. Resp. Non teneri reum ita compensationem allegare, ut sit exceptio judicii constituti; non, inquam, tenetur reus a principio actionis institutae exceptionem objicere — quod proprie exceptionem opponere significat.

[20]) c. l. Note 8. — vel etiam non objecta statim. —

Vielleicht ist dies, was der von H. Schröder, disp. de compensationibus

sen sollte: so muste man für dieses Recht irgend einen praktischen Unterschied zwischen beiden Aufhebungsarten einer Obligation sich vorstellen können. Denjenigen aber, welchen jene Gelehrten annahmen, drückten bei dieser Veranlassung, wie bemerkt, nur wenige von ihnen aus, und diese wenigen so kurz [21]), daß man ihn eigentlich schon kennen muß, um ihn aus ihren Schriften herauszulesen; während der Unkundige nur zu leicht übersieht, daß es sich um das wesentliche Kennzeichen einer exceptio im späteren Prozesse handelt, und die Nothwendigkeit des in initio litis, statim etc. opponere für jene bekannte Nothwendigkeit des Formularprocesses hält, eine exceptio behufs ihrer Aufnahme in die formula beim Prätor vorzuschützen. — Dazu kömmt, daß es noch als gar so ausgemacht nicht galt, ob das angegebene Kennzeichen das richtige wäre: versichern doch mehrere Quellenstellen das Gegentheil [22]). — Die meisten Juristen dagegen, welche hier das ipso jure, seis ausschließlich, seis nebenbei, im Gegensatze zu dem ope exceptionis nehmen, hoben zwar mit einiger Ausführlichkeit den Unterschied beider für den Formularprozeß heraus, übergingen aber geradezu den entsprechenden Unterschied für den späteren Prozeß [23]), und unter ihnen der berühmteste, Cujacius.

Argentor. 1644. Cap. V. §. 6. citirte Obrecht, Professor zu Straßburg († 1612.) gemeint hat, wenn er spricht von der vera ac propria exceptio, quae sit judicii constituti, rite ac tempestive opponenda etc., obwohl das freilich nicht minder auf die exceptio formulae inserenda paßt.

[21]) s. die Noten 15—20. Vielleicht allein Donellus ist hiervon auszunehmen.

[22]) l. 4. l. 8. Cod. de exc. 8, 36. l. 2. Cod. sent. rescindi non posse. Donellus selbst giebt an verschiedenen Orten an, wie bestritten diese Ansicht von alters sei. z. B. Comm. ad tit. 36. lib. 8. Cod. de except. ad. l. 9. nro. 6. 7. 8. 9. — Comm. de jure civ. l. 24. c. 2. und c. 5. — Comm. ad tit. 19. lib. 4. Cod. 21. 22. etc. — Namentlich bestreitet sie auch Cujacius z. B. Recit. solemn. ad lib. 8. Cod. in tit 35. (36.) de except. ad. l. 4. 8. 9. ult. Ibid. ad lib. 4. Cod. tit. 19. de probat. l. 19. — Freilich giebt Cujacius l. l. dafür eine andere Eigenthümlichkeit der peremptorischen Einreden für den spätern Proceß an, nämlich, daß sie erst dann bewiesen zu werden brauchten, nachdem der Kläger seinen Klaggrund dargethan hatte, — was auch Donellus, aber wie es scheint, mehr als etwas Zulässiges, als etwas Nothwendiges, anerkennt. — Comm. ad lib. 8. tit. 36. Cod. l. 9. nro. 4. — Und so mag überhaupt dies Unterscheidungszeichen den Juristen nicht bedeutend genug vorgekommen sein.

[23]) s. z. B. Duarenus, namentlich aber Wesenbecius c. II. Note 8.

— Macht man sich nun schließlich nach der gegenwärtigen Unkenntniß des justinianeischen Prozesses ein Bild, wie es sonst damit gewesen sein mag: so wird man es, glaube ich, so unbegreiflich nicht finden, wenn mancher mit Bachovius gedacht haben sollte [24]): eine solche Auffassung des ipso jure im einfachen Gegensatze zu einer exceptio erklärt die Sache nicht.

Uud sah man sich erst einmal nach anderweiter Erklärung um: was war natürlicher, als daß man auf die Jahrhunderte hindurch mit Fleiß und Mühe aufgesuchten Erklärungen verfiel?

§. 4.

II. S. g. materielle Auffassung.

1. Historische Darstellung.

Wenn man sich des Ausdruckes: formelle Auffassung des ipso jure bedient, um damit zu bezeichnen, daß man mit diesen Worten die Entbehrlichkeit einer exceptio bezeugen wolle: so darf man dabei nicht übersehen, wie der Statthaftigkeit jener Form doch eben etwas Materielles zugrundeliegt. Im Formularprocesse, aus dessen Zeit die ältesten jenen Gegensatz enthaltenden Stellen herstammen, war eine exceptio zur Geltendmachung eines Vertheidigungsgrundes abseiten des angegriffenen Theiles nur dann nöthig, wenn der Privatrichter nicht schon durch die vonseiten des angreifenden Theiles erbetene formula zur Berücksichtigung jenes Vertheidigungsgrundes sich für bevollmächtigt halten durfte. [1]) War das angriffs- — z. B. klagweise geltendgemachte Recht etwa eine mittels einer intentio in jus concepta der richterlichen Beurtheilung vorgelegte Contractsobli-

[24]) Notae et animadvers. in M. Wesenbecii pandectas. Col. Agripp. 1640. ad tit. de comp. nro. 8. — explicatio Wesenbecii ad l. ult. (Cod. h. t.), quod judex de compensatione, etiamsi nulla formulae inserta ejus mentio sit, cognoscere possit, ad rem extricandam non sufficit. vgl. die dieser bereits vorangeschickte Aeußerung: Quae subtilis differentia (nämlich daß judiciis b. f. exceptiones insunt, dagegen bei actiones stricti juris der judex pedaneus nur durch besondern Formelzusatz zur Berücksichtigung von Einreden bevollmächtigt wird), postquam ipsi judicare magistratus coeperunt, sublata est.

[1]) S. oben §. 3. Note 4.

gation; so hatte der Richter dagegen vorgebrachte Vertheidigungsgründe, auf welche Rücksicht zu nehmen ihm nicht durch eine ausdrückliche exceptio vorgeschrieben war, nur soweit zu berücksichtigen, als sie das dare oportere oder dare facere oportere unwahr machten. Ob dem aber so war — das ist doch lediglich eine Frage nach dem materiellen Verhältnisse zwischen dem obligatorischen Grunde und dem Vertheidigungsgrunde, durch welches materielle Verhältniß die geeignete Form der Geltendmachung des Vertheidigungsgrundes erst bestimmt werden kann. So ist die letztere das in die Augen fallende Kennzeichen des erstern; und indem man jene angiebt, drückt man daher nothwendig dieses zugleich aus. Insofern hat das ipso jure, wo es als Gegensatz von ope exceptionis gebraucht wird, stets auch eine materielle Bedeutung.

Wenn nun schon mit dem Formularprozesse das äußere Bedürfniß hinweggefallen ist, zwischen beiden Tilgungsarten einer Obligation zu unterscheiden; so hat sich wenigstens im römischen Processe, wie er in den justinianeischen Rechtsbüchern erscheint, unser Gegensatz, auch in Hinsicht auf die verschiedene processualische Behandlung beider, geschichtlich erhalten. —

Allein jene materielle Bedeutung desselben ist es nicht, welche die s. g. materielle Auffassung des Satzes: ipso jure compensatur meint. Dieser kömmt es nicht sowohl darauf an, wie eine stattfindende Compensation processualisch geltendgemacht, als vielmehr darauf, wie eine mögliche Compensation verwirklicht werde; m. a. W., auf welche Weise zwei compensabele Gegenforderungen zu einander in denjenigen Bezug gesetzt werden, vermöge dessen sie sich gegenseitig aufheben, oder, wenn man dies lieber will, unwirksam machen. Es ist nämlich die Frage, ob es dazu noch irgend einer Handlung Eines Subjectes oder vielleicht beider Subjecte der compensabelen Gegenforderungen bedürfe; oder aber ob dazu die bloße Coexistenz derselben genüge.

Diese Frage, an sich bedeutend genug, hat man seit den Zeiten der Glossatoren aus denjenigen Stellen der Digesten und des Codex zu beantworten versucht, welche sagen, daß die Compensation ipso jure statthabe.

Bei Gelegenheit freilich des §. 30. J. de act. 4, 6. hat die glossa ordinaria, wie wir gesehen haben, nicht verkannt, daß dem ipso jure eine formelle Bedeutung beiwohne; allein, wie ei-

nige unter den Glossatoren selbst diese Stelle als Beweis für die Meinung anführten, daß compensabele Gegenforderungen sich durch ihre bloße Coexistenz aufhöben, [2]) — so scheinen auch die übrigen bei der Erklärung der andern hier einschlägigen Stellen nicht weiter daran gedacht zu haben, daß in denselben ipso jure in einfachem Gegensatze zu einem ope exceptionis stehen könne. Dennoch glaube ich nicht, daß sie jener formellen Bedeutung gänzlich vergessen haben. Es ging nämlich die herrschende Ansicht unter den Glossatoren dahin: der Regel nach bedürfe es des erklärten Willens einer Partei compensabele Gegenforderungen durch wirkliche Compensation zu tilgen; es werde also nicht ipso jure, i. e. sine facto hominis compensirt; allein, wenn der darauf gerichtete Wille ausgesprochen werde, so geschehe die Compensation allerdings ipso jure. [3]) Dies letztere ipso jure kann in der Glosse schwerlich etwas Anderes als die processualische Form der Geltendmachung bedeuten. Es bezieht sich auf die Eigenthümlichkeit der s. g. exceptio compensationis vor andern exceptiones, wovon bereits gesprochen ist. [4]) Hier bleibt zur Ergänzung des Obigen etwa noch hervorzuheben, daß man weiter lehrte, die exceptio compensationis höbe die actio des Gegners ipso jure auf, sobald sie vorgeschützt sei, während andere Einreden einen sol-

---

[2]) s. Gl. ad. l. 5. D. de comp. ad v. eligere fidejussorem.] — Ganz ähnlich wie die Glosse findet F. Hartter, Das römisch deutsche Recht der Comp. München 1837. §. 52. p. 170 ff. in dem ipso jure des §. 30. J. de act. den Gegensatz zu ope exceptionis; in dem ipso jure dagegen namentlich der l. 4. h. t. den Gegensatz zu einem factum hominis.

[3]) s. z. B. Gl. ad l. 5. D. cit. ad. l. 4. Cod. h. t. ad v. ipso jure.] — Summa Azonis in lib. 4. Cod. ad tit. de comp. pr. nro. 13. — Krug, Die Lehre pp. p. 92. Note 184. liest hier: Ego puto, eam ipso jure tunc demum fieri, quum a partibus est opposita, non autem ut dicit lex Inst. de act. §. compens. in fine titu. Wenn dieses eine wirkliche Lesart sein sollte, so beruht sie doch sicher auf einem Druckfehler. Denn abgesehen davon, daß andere Ausgaben, z. B. Lugd. 1596. und Venet. 1610. die Worte „non autem" nicht haben, passen sie auch gar nicht zu dem Inhalte des §. 39. cit. — Azonis ad singulas leges 12. libr. Cod. comm. et magnus apparatus. Paris. 1577. ad l. si. constat. 4. de comp. n. 1. u. s. w. — Dernburg p. 284. unten paraphrasirt die Worte ipso jure in der hier mitgetheilten Stelle des Azo „ohne menschliches Zuthun." s. auch Brinz, Die Lehre pp. p. 8. zu Note 22, wo sie „von selbst" übersetzt sind. s. unten.

[4]) s. §. 2. namentlich Noten 11. und 5.

chen Erfolg erst secuta victoria hätten; [5]) woraus denn Baldus den, die ganze Anschauung trübenden, Schluß zog: gegenüber der Compensationseinrede sei die Replik der Compensation unzulässig. [6])

Ueberhaupt muste man im ganzen fortwährend im Dunkeln tappen, solange man den Formularproceß nicht kannte; und selbst wo einzelne richtige Anschauungen sich äußerten, waren sie von vornherein mit Misverständnissen und Irrthümern versetzt, oder wurden es in den nächsten Händen. [7])

So verlor man jene Beziehung auf die Form der processualischen Geltendmachung der Compensation für die Erklärung des ipso jure compensatur mehr und mehr aus den Augen, und beschränkte sich darauf nach den Stellen, worin der fragliche Aus-

---

[5]) Petri de Bella Perthica Lectura super prima parte Codicis. Paris. 1519. ad. l. 4. de comp. (Manches darin ist mir einigermaßen unverständlich; doch wird das hier in Betracht Kommende durch die übereinstimmende Auffassung der Späteren außer Zweifel gestellt.) — vel credo sententiam Mar. vel recedam a sententia doctorum, quod objecta ab homine exceptio compensationis non perimit obligationem: sed objecta et secuta victoria. Hier thut Petrus übrigens den doctores unrecht; sie können etwas Anderes gar nicht gemeint haben, als was er dem Martinus, gewiß misverständlich, unterlegt. So wie ich fast auch Tyndarus Art. VI. nro. 48. ff. die Meinung z. B. des Azo. — Cynus de Pistorio († 1336. s. v. Savigny. Gesch. des röm. R. im M. A. Bd. VI. p. 73.) lect. sup. Cod. s. a. e. l. (vgl. v. Savigny c. l.) ad l. 4. h. t. Quando quaeritur, utrum fiat compensatio contracti (sic) ad contractum alium ipso jure, dico secundum pe., quod nullo casu de mundo fit compensatio ipso jure, sed opus est facto hominis, tunc enim opposita compensatione per hominem fit ipso jure compensatio, quia exceptio compensationis minuit actionem ipso jure. et hoc voluit dicere l. ult. Cod. h. t. et §. 30. J. et sic intellexit mar. sed hoc non faciunt aliae exceptiones, quia non minuunt actionem ipso jure, sed effectum earum elidunt. cur autem haec tam varie? respondeo. quum compenso quae mihi debes, videor solvere. — Ich glaube, diese Ansicht stimmt mit der des Donellus soweit überein, als dies bei der mangelhaften Kenntniß des Processes möglich war. — Bartolus ad l. 4. Cod. h. t. Baldus ad h. l. nro. 5. — Id. ad l. si propter (8.) Cod. eod. nro. 6. 7. — s. auch Tyndarus de comp. Art. VI. nro. 48. — vgl. Brinz, Die Lehre pp. §. 3. p. 8. unten.

[6]) Bald. ad. l. si constat. nro. 6.

[7]) Was soll es z. B. heißen, wenn Raph. Fulgosius ad l. ult. Cod. h. t. nro. 1. sagt: nota. compensationem posse opponi ex quacunque actione ipso jure. per hoc jus vetus corrigitur: quia jure veteri fiebat ipso jure compensatio in bonae fidei oppositione facta et admissa, ut dixi, sed

druck vorkommt, zu bestimmen, ob compensabele Gegenforderungen sich schon durch ihre Coexistenz aufhöben oder nicht.

Wie bereits angedeutet, waren schon die Glossatoren darüber im Streit. Denn während Martinus in dem Satze: ipso jure compensatur den Beweis dafür fand, daß überall die bloße Coexistenz genüge beide Forderungen bis zum gleichen Betrage aufzuheben, leugneten die übrigen nach dem Vorgange des Johannes Bassianus und des Azo, der des letzteren Schüler war, daß der Regel nach dieselbe an sich schon einen Einfluß auf das Fortbestehen beider Obligationen ausübe [8]. Nur ausnahmsweise sollte dies eintreten, nämlich in denjenigen Fällen, für welche angeblich ein Gesetz es ausdrücklich bestimme [9]; namentlich ad inhibendum cursum usurarum vel poenam committendam vel pignus liberandum.

Da es nun aber schwerlich die Meinung des Martinus gewesen ist, daß der über die eine zweier Forderungen urtheilende Richter auf die Gegenforderung selbst dann Rücksicht nehmen müsse oder dürfe, wenn die angegriffene Partei dies nicht gefordert habe [10]; da ferner, falls eine Partei von dem ihr zustehenden Rechte sich auf eine compensabele Gegenforderung zu berufen keinen Gebrauch gemacht hat, selbst nach der Ansicht des dem Martinus mit der größten Entschiedenheit nachfolgenden Tyndarus, dieser Partei die ferner-

---

in stricti juris habebat locum compensatio doli exceptione. hodie vero idem statuitur in stricti juris. — s. ferner die Darstellung bei Albericus de Rosate. († 1354. v. Savigny. c. l. Bd. VI. p. 114.) ad Dig. vet. Lugd. 1545. ad l. 5. h. t.

[8]) Gl. ad l. 4. Cod. h. t. v. ipso jure].

[9]) vgl. Baldus ad l. 4. Cod. h. t. nro. 7. 8. — Nur war man mit der Auswahl dieser Fälle nicht eben ängstlich. So ließ man im Falle gegenseitiger Beschädigung die Compensation von selbst eintreten, gestützt auf l. 10. D. h. t., auch wohl l. 36. D. de dolo m. 4, 3 obschon im pr. der l. 10. cit. nur von einer actio pro socio, also einer b. f. actio, im §. 2. eod. nur von der Statthaftigkeit der Compensation, aber nicht im entferntesten davon die Rede ist, daß dieselbe ipso jure eintrete: was Cujacius dem Accursius vorwirft. Recit. solemn. ad l. 4. Cod. h. t. u. s. w. — Ferner ließ man die Compensation im fraglichen Sinne eintreten um die Wirkungen der mora abzuwenden, obwohl die dafür angeführte l. 40. D. de R. C. 12, 1. von ipso jure nichts sagt. — u. s. w. — s. Tyndarus. Art. VI. Nro. 60.

[10]) s. Tyndar. Art. VI. nro. 74. und conclusio 2. — Brinz. c. l. p. 5.

weite Geltendmachung ihrer Forderung unbenommen bleibt: [11]) so sieht man leicht, daß diese Meinungsverschiedenheit, solange man ihre Aeußerungen nicht zu neuen Vordersätzen machte, eine durchaus harmlose war, die, wie man heutzutage sagen würde, auf abweichende Versuche die Lehre von der Compensation civilistisch zu construiren hinauslief. Denn praktische Verschiedenheiten, welche aus der verschiedenen Grundauffassung des Martinus und der Anhänger des Bassianus hätten folgen müssen, wusten die letzteren dadurch zu vermeiden, daß sie in allen Fällen eine Ausnahme ihrer Regel anerkannten, in denen die Wirkungen der, einerlei auf welche Weise herbeigeführten, Compensation von dem Augenblicke der Coexistenz der compensabelen Gegenforderungen an datiren. Namentlich deutlich ist dies bei der Berechnung der Zinsen von compensabelen Gegenforderungen, einem Puncte, über den freilich l. 11. D. und l. 4. Cod. h. t. unzweifelhaft genug reden [12])

Ein wenig bunt jedoch wurde unsere Lehre durch ein unbeschreibliches Durcheinanderwirren der Auffassung des ipso jure in jener, schon an und für sich unklaren, formellen Weise und der andern, wonach dieser Ausdruck bezeichnen sollte, daß compensabele Gegenforderungen vermöge ihrer bloßen Coexistenz auf einander wirkten. So entstanden denn die wunderlichen Systeme des Richard Malumbra, des Nicolaus Matarella, von denen Baldus [13]), das System des letztern im ganzen billigend, und Tyndarus, [14]) beider Darstellungen vongrundaus verwerfend, uns berichtet haben.

[11]) Tyndar. Art. VI. 75. 76.

[12]) Dies läßt sich auch so ausdrücken Auf die Frage: von welchem Augenblicke an datiren die Wirkungen der statthabenden Compensation? antwortet Martinus schlechtweg: von dem Augenblicke an, in dem die compensabelen Gegenforderungen sich gegenüberstehen; — Bassianus und die übrigen: von dem Augenblicke an, in dem ein Theil den Willen zu compensiren erklärt; ausgenommen jedoch, bestehendem Rechte gemäß, alle die Fälle, in denen unsere Ansicht ein von der des Martinus abweichendes Ergebniß haben würde: hier geht diese letztere vor. So sagt z. B. Ant. Picharbus — s. unten Note 16. — Sunt tamen nonnulli casus, in quibus ipso jure inducitur et perimitur debitum, etiamsi non opponatur, quod contingit in omni casu, in quo infertur praejudicium creditori, si compensatio ipso jure non esset inducta.

[13]) ad l. si constat. n. 6. ff. 15.

[14]) Art. VI. 57. 60—65

Jene verwickelten Systeme scheinen sich in späterer Zeit kaum noch Anhänger erworben zu haben. Die Ansicht der Glosse dagegen hat noch hie und da Nachtreter gehabt, die selbst die von ihr angenommenen Ausnahmen lehrten, z. B. den Joannes Sichardus († 1552.,[15]) den Antonius Pichardus († 1631.[16]), den Joannes Castillo de Sotomayor[17]) u. a.

Bald indessen vereinfachte sich die ganze Lehre wesentlich. Abgesehen nämlich von den Anhängern der in §. 3. dargestellten s. g. blos formellen Auffassung des ipso jure, standen sich der Theorie nach zwei Ansichten gegenüber, die man selbst heutzutage noch mit den Parteinamen des Martinus oder Tyndarus einer-

---

[15]) Dictata et praelectiones ad Cod. Francof. 1613. ad l. 1. Cod. h. t. nro. 4. 5. 8.

[16]) in Inst. Justin. Imp. Comm. Tom. II. Venet. 1647. ad §. in b. f. de act. nro. 7. 45. (Die Vorrede: discipulis, ist aus Salamanca 1600. 17. Kal. Apr.)

[17]) Controvers. quotid. libri IV. (zuerst 1603.) Colon. Allobr. 1726. tom. IV. De conject. et interpret. ultim. voluntat. c. XL. nro. 110. 112. — Sotomayor spricht freilich nro. 112. von der communis interpretum sententia; allein die gemeinten interpretes scheinen doch größtentheils älterer Zeit anzugehören. — s. auch Alexander Trentacinquius (Ende des 16. sec.), Practic. resolut. juris libri III. Francof. a. M. 1663. Variarum resolut. lib. 3. Res. 1. de compensat. p. 921 nro. 21. Dieser erklärt auch unzweideutig — nro. 24. cit. i. f. p. 925. —, daß mit dem Ausdrucke: compensatio fit ipso jure, etiamsi non opponatur, keineswegs gesagt sein solle, es bedürfe keiner Anführung vonseiten der interessirten Partei, sondern nur, es bedürfe keiner an die Förmlichkeit einer eigentlichen exceptio gebundenen Anführung. — s. über diese, immer auf ein Misverständniß des römischen Rechtes in Rücksicht auf die Form hinweisende, Unterscheidung auch H. Giphanius († 1604.) Disput. jur. civ. ad lib. IV. Inst. Francof. 1605. ad tit. de act. disp. 44. nro. 36. ff. — Krug c. l. §. 85. p. 220. f. —

Doch mag es auch an solchen nicht gefehlt haben, die jede Anführung der Partei für unnöthig hielten, wenn nur der Richter auf irgend welche Weise Kenntniß von der compensabelen Gegenforderung hätte. s. z. B. Hieron. Borgia. Investigationes jur. civ. Neap. 1678. lib. 12. c. 9. nro. 2, der mit heftiger Polemik gegen Anton. Faber behauptet: si verum, quod antiquitus facto hominis in celebranda compensatione opus erat, verum etiam quod ab hujusmodi necessitate nos liberavit Justinianus; — dabei jedoch nro. 5. anerkennen muß: qui in foro sunt, fere omnes credunt compensationem fieri exceptionis ope. (vgl. auch Ant. Carcassona Sardus in Note s. ad Jason Maynus de actionibus. Francof. a. M. 1609. §. in b. f. nro. 60. — etiam ubi compensatio fit ipso jure, semper requiritur oppositio partis. — et

und des Azo oder Accursius anderseits belegt. [18]) — Ob die erstere Partei passend bezeichnet sei, mag dahingestellt sein; allein mit der Ansicht der Glosse hat die Ansicht der andern Partei nichts gemein als den gleichlautenden Klang des von ihr wie von der Glosse hingestellten Satzes: compensatio tunc fit ipso jure, quum a partibus est opposita.

Die Glosse nämlich will, wie schon bemerkt, mit jenen Worten die processualische Form bezeichnen, unter der die Compensation stattfindet; sie kann unmöglich daran denken, damit die s. g. vis retrotractiva der exceptio s. allegatio compensationis auszudrücken. Und zwar aus dem sehr einfachen Grunde nicht, weil eine solche vis retrotractiva doch Wirkungen haben müste, — diese Wirkungen aber gerade nur in denjenigen Fällen eintreten könnten, in welchen nach der Ansicht der Glosse ohnehin, wenngleich ausnahmsweise ipso jure, d. h. hier allerdings sine facto hominis, compensabele Gegenforderungen durch ihre bloße Coexistenz auf einander wirken [19]). — Die nach der Glosse benannte Ansicht der Neueren dagegen läßt compensabele Gegenforderungen in keinem Falle ipso jure, d. h. von selbst, sich gegen einander abrechnen; aber wenn die Compensation durch den Willen des Berechtigten vermittelt ist, dann soll es so angesehen werden, als sei bereits in dem Augenblicke compensirt, wo es zuerst möglich war, und findet gerade diese

---

ita communiter tenetur.) — Aus der neuesten Zeit scheint hierher zu gehören Schilling, Pandektenrecht für Studirende. Berl. 1844. §. 748. p. 780. sub 1. vgl sub 4. —

Wenn dagegen Cujacius Recit. solemn. ad tit. 31. de comp. lib. IV. Cod. bemerkt: exceptionem vel doli compensationem allegare non est necesse: nam ipso jure obligatio minuitur l. 21. D. h. t., — so will er damit nicht die Nothwendigkeit eines Parteivorbringens, sondern nur diejenige einer förmlichen Einrede negiren. cf. Cujac. Comm. in lib. 1. Quaest. Paull. ad l. 21. D. de comp., namentlich auch C. A. Fabrotus. 31. Enarratio ad Cujacii paratitla in lib. IV. Cod. Inst. tit. 31., der gewiß nicht im Widerspruche zu dem von ihm herausgegebenen Auctor z sein meint, wenn er sagt: Ipso quidem jure minuitur actio, sed exceptionem opponi necesse est, ne condemnatio in solidum sequatur.

[18]) s. Dernburg §. 28. sub. 2. 3. 4. p. 284 ff., auch Brinz. §. 3. p. 8. zu Note 22 verbunden mit §. 4.

[19]) s. z. B. Pichard. c. l. Note 12.

Retrotraction in dem fraglichen Satze ausgesprochen [20]). — Die s. g. Anhänger des Tyndarus dagegen lassen compensabele Gegenforderungen ipso jure, d. h. von selbst, auf einander wirken, machen aber die praktische Bedeutung dieses Wirkens abhängig von der schließlichen Willkür der sich darauf berufenden Partei.

Es ist, dünkt mich, nicht eben schwer einzusehen, daß auch dieser neue Gegensatz ein Streit um Worte ist [21]). Doch mag es gerne zugestanden werde, daß namentlich die erstere Darstellungsweise in der einen oder der andern Art ihres mannigfachen Ausdrucks nicht eben sehr geschickt sei [22]).

Nach dem Gesagten ist es überflüssig anzuführen, welcher beider Darstellungsweisen die einzelnen bekannteren Juristen angehören; ja, bei dem bloßen Wortunterschiede ist es oft schwer den einzelnen einer bestimmten Partei zuzuweisen. — Heutzutage bedient man sich gewöhnlich derjenigen Ausdrucksweise, nach welcher die Compensation erst mit der Erklärung der sie wollenden Partei eintritt, aber auf den Augenblick zurückbezogen wird, in welchem sie zuerst möglich war [23]).

---

[20]) vgl. Brinz, Die Lehre. §. 4. ff.

[21]) Vorausgesetzt immer, um das nochmals zu sagen, daß die zur Erklärung der in den Quellen getroffenen Entscheidungen aufgestellten Sätze nicht wiederum als neue Vordersätze gebraucht werden, durch die dann der Erklärer, in seine „civilistische Construction" vernarrt, blindlings allenfalls wider die klarsten Quellenaussprüche anzuconstruiren sich verführen läßt. Tyndarus hat hierin eine anerkennenswerthe Bescheidenheit gezeigt; und wenn seine Nachtreter, z. B. die von Dernburg p. 297. f. angeführten französischen Juristen Consequenzen ziehen, die er, wenn auch in eigener Weise, zu umgehen wußte — s. Einleitung Note 3. —, so ist ihm daraus kein Vorwurf zu machen. A. M. Fuhr, Recension von Krug in Schuncks Jahrb. Bd. 27. p. 133.

Ich mag nicht unterlassen hier einen treffenden Ausspruch Bachovs ad Wesenbecium c. l. anzuführen, den auch die neuesten Schriftsteller über die Compensation bei ihrer Behandlung der Literatur hätten im Auge haben können. Quaerit Wesenbecius, heißt es, an sine ulla objectione compensationis et sine facto hominis jure et lege fiat contributio Speculative, ut loquuntur, hoc tractari potest; practice quomodo quaeratur, non intelligo. Utcunque enim dicamus, quasi in Idea ipso jure induci compensationem, tamen factum hominis et ut allegetur debitum utique est necessum, siquidem judex non potest divinare.

[22]) s. darüber Brinz, §. 4. ff.

[23]) s. Brinz, § 4. Dernburg, §. 28. p. 289. sub. 4. — Cujacius, namentlich in der Recit. solemn. ad l. 8. tit. 31. de comp. lib. 4. Cod. — objicitur

compensatio sine exceptione, quia fit ipso jure: sed dum objicitur, ipso jure factam esse cempensationem dicitur — scheint sich allerdings der Darstellung des Tyndarus anzuschließen und also in dem ipso jure, außer dem Gegensatze zur exceptio, die Bestimmung über den Eintritt der Compensation im Augenblicke der Coexistenz compensabeler Gegenforderungen zu erblicken. — s. oben §. 3. Note 7. — Wie zweifelhaft indeß dieses Stellen zu einer bestimmten Partei ist, geht gewiß hervor aus den Worten Fabrots, die sich den in Note 17. citirten unmittelbar anschließen, und die er ohne Zweifel als Ansicht des Cujaz vortrug: — quae fuit sententia Glossae, Joannis et Doctorum, ut refert Joannes Faber ad l. si constat. h. t. — Dernburg p. 286. Note 4. stellt auch den Matthäus Wesenbecius als Anhänger des Martinus dar. Nach den verschiedenen Ausgaben indeß der Werke dieses Gelehrten, welche sich auf der hiesigen Bibliothek finden, gehört er der formellen Auffassung an. Die Meinung des Tyndarus trägt er zwar ganz objectiv im Anfange der Nro. 8. der paratitla oder des Commentars ad h. t. Dig. vor, allein offenbar um sie zu widerlegen. Contra tamen a plerisque responsum est, sagt er. — In der ältesten mir bekannten Ausgabe freilich Basil. 1566. folgt nach den oben §. 3. Note 8. abgedruckten Worten: Cui sententiae implacabiliter refragari videtur Paullus in d. l. posteaquam. nisi intelligas eum loqui de iis debitis, quae ex una eademque ultro citroque similiter nata obligatione exsistunt, ut si socii pari negligentia versati sint. Tum enim verum est desinere invicem esse obligatos ipso jure sine facto hominis, et sine nulla oppositione. sicuti et quum usurae debentur, ipso jure fit compensatio ad impediendum in concurrente quantitate usurarum cursum: quoniam usura poena est debeturque proprie ratione morae. quae mora nulla est in solutione ejus pecuniae, quae compensari potest: ut injustum omnino fuerit usuras illius aeris alieni dependi, quod solvi non debet. Ac omnino puto Paullum de hac vel simili specie locutum, in qua non opus sit objectu compensationis, sed ipso jure minuatur actio, ut verba illa ipsa ultima responsi ostendunt: quia nihil compensat, sed ab initio minus ab ipso petitur. — Aber selbst diese Ausnahmen scheint Wesenbeck aufgegeben zu haben; denn schon in der Ausg. Basil. 1575. und übereinstimmend in den Ausg. Basil. 1606. Francof. 1619. Col. Agr. 1625. 1640. (cum notis Bachovii.) Lugd. Batav. 1648. (Aucta ab Arn. Vinnio. nicht wie Puchta Pand .§. 9a. Note e. zuerst 1649.) Hahnii Comm. in Wesenb. Francof. et Lips. 1706. Helmst. 1719., steht statt jener Bemerkung das Folgende: Potest etiam id quod dicitur minus deberi ad petitionem referri. Ut enim effectu debitor non est, a quo peti nequit: ita nec debetur, quod compensari potest. Nam ob compensationis metum olim minus petendum erat, ne caussa caderet plus petens compensatione postmodum opposita. Id quod voluit Paullus, quum ait minus peti. Neque tamen inde consequitur, non opus esse compensationis objectione. Nam ideo minus petebatur, ne objecta forte subinde compensatione litem actor amitteret plus petendo: qua compensatione omissa, tenuisse intentionem integrum debitum petentis, consentaneum est. s. auch oben §. 3. Note 8. und Note 24. und von den Commentatoren We-

§. 5.

2. Kritik der bisherigen s. g. materiellen Auffassung.

In Betracht könnte die verschiedene Darstellung allenfalls bei der Erörterung kommen, ob die Römer bei ihrem ipso jure compensari den Zeitpunct im Sinne gehabt haben, von dem an die Wirkung der, zur praktischen Anwendung kommenden, Compensation gerechnet wird; sei es also, daß sie die Retrotraction der erst später wirklich vor sich gehenden Compensation, sei es, daß sie die von selbst mit der Coexistenz compensabeler Gegenforderungen eintretende, wenn auch erst später geltendgemachte, Wirksamkeit derselben auf einander mit jenem Ausdrucke haben bezeichnen wollen. Indeß ist es nicht schwer nachzuweisen, daß weder die eine noch die andere Darstellungsart dem ipso jure compensari einen solchen Sinn abzuconstruiren vermag.

Was zunächst die Auffassung des Martinus oder des Tyndarus betrifft, nach welcher die Compensation mit der Coexistenz compensabeler Gegenforderungen ipso jure in dem Sinne von sine facto hominis eintreten soll: so hat schon Azo [1]) dagegen auf diejenigen Stellen hingewiesen, nach denen es in der Willkür des

---

senbecks z. B. Comm. nov. in Wesenb. seu Joh. Rich. Malcomesii annotat. et remissiones fortuitae notis incerti auctoris. Francof. a. M. 1668. ad h. l. — Auch was Dernburg, p. 287. von Glück sagt, halte ich für unrichtig, nämlich, daß dieser beide Auffassungen, gleich als widersprächen sie sich nicht, als unzweifelhaft vortrage. Denn Glück, der Bd. XV. p. 102. die Meinung des Martinus oder des Tyndarus vertheidigt hat, wird dieser keineswegs ungetreu, indem er p. 110. bemerkt: „Wenn nun gleich das Erlöschen einer Schuldverbindlichkeit durch Compensation ipso jure geschieht, sobald gleichartige Forderungen einander gegenüberstehen; so muß doch derjenige, welcher abrechnen kann, sich darauf berufen, wenn er den Anspruch des Klägers von sich abwenden will. Es muß also die Einrede der Compensation vorgeschützt werden, welche der Richter da, wo er sich nicht von Amtswegen des Beklagten annehmen muß, nicht suppliren darf." — Liegt darin ein Widerspruch Glücks mit sich selber, so sehe ich nicht ein, wie Dernburg §. 30. p. 299. Fuhr, Zur Lehre von der Compensation im Arch. für practische Rechtswissensch. B. 1. Heft 2. p. 122. und 126. vgl. mit p. 125. von dem Vorwurfe eines Widerspruchs mit sich selbst entbinden will. — Die Darstellung des letztern p. 122. f. mag übrigens als ein weiterer Beleg für meine Behauptung gelten, daß der angebliche Gegensatz zwischen den s. g. Meinungen des Tyndarus und des Azo ein unnützer Wortstreit ist.

[1]) Summa in lib. IV. Cod. ad h. t. Nro. 15.

Schuldners steht zu compensiren oder nicht zu compensiren. [2]) Allerdings hat sogleich mit dem Gegenüberstehen compensabeler Forderungen jeder Theil das, so viel ich weiß, unbezweifelte [3]) Recht zu compensiren, ohne daß es dazu irgend einer weiteren Vornahme bedürfte, etwa eines Verzichtes auf die fernere klagweise Geltendmachung der zur Compensation gebrauchten Forderung. [4]) Es ist am Ende auch nur dies mit dem Dasein der Gegenforderung unmittelbar gegebene Recht auf Compensation, was Tyndarus meint, wenn er das ipso jure als sine facto hominis auf den ortus oder die nativitas compensationis bezieht. — Allein es ist durchaus verkehrt, daß die Römer diese Befugniß zur Vertheidigung mittels einer compensabelen Gegenforderung bezeichnet hätten als compensatio, quae fit ipso jure. Denn erstens heist compensatio gar nicht die Befugniß wegen einer gleichartigen Gegenforderung die Leistung der eignen Schuld bis zum gleichen Betrage zurückhalten zu dürfen, [5]) sondern der Gebrauch dieser Befugniß; und compensare heist nicht eine solche Befugniß haben, sondern von ihr Gebrauch machen. Beide Ausdrücke bezeichnen nämlich nicht einen Zustand, eine Beschaffenheit, sondern eine Handlung, und zwar, wörtlich übersetzt, die Handlung des Gegeneinanderaufwägens zweier Gegenstände durch eine Person; im juristisch-technischen Sinn die Handlung des Gegeneinanderaufwägens zweier Leistungsverbindlichkeiten durch eines von den beiden Subjecten derselben. [6]) Wo das Recht der Com-

---

[2]) z. B. l. 13. l. 5. D. h. t. Dernburg §. 29. p. 295. hat außerdem folgende hierher gehörige Stellen zusammengebracht: l. 2. l. 9. §. 1. l. 10. §. 1. l. 16. eod. — l. 26. D. de probat. 22, 3. — l. 1. §. 4. D. de contr. act. tut. 27, 4. — l. 20. §. 2. D. de statulib. 40, 7; — auch l. 4. D. h. t. gehört hierher: quod ex compensatione reus retinere potest. u. s. w.

[3]) Denn wenn z. B. Mevius Decisiones Pars. IV. dec. 141. und P. VII. dec. 52. die Wirkung der Compensation erst von dem Augenblicke an datirt, wo der auf sie gerichtete Wille ausgesprochen ist: so verträgt sich diese Annahme sehr wohl damit, daß das Recht jenen Willen zu erklären mit der compensabelen Gegenforderung entsteht. — s. Note 1. ad dec. 141. cit. P. IV.

[4]) eines Verzichtes, den Krug. c. l. §. 22. p. 63. f. für das ältere römische Recht annimmt.

[5]) A. M. Brinz, Lehrbuch der Pandekten §. 149. p. 643. oben.

[6]) s. z. B. C. F. Koch, das Recht der Forderungen nach gemeinem und Preuß. Rechte. Bresl. 1840. Bd. 2. §. 163. p. 633. — Nicht die Forderungen selber sind es, die sich einander, sondern die dazu berechtigten Personen, die

pensation, die Befugniß zur Compensation ausgedrückt werden soll, da sprechen die Römer von dem jus, der aequitas compensationis [7]), eine Ausdrucksweise, die gewiß höchst unrömischer, namentlich höchst unpapinianischer Pleonasmus genannt werden müßte, wenn compensatio allein schon das Recht der Compensation, die Befugniß zu compensiren bedeutete. Keineswegs beweisen dies etwa auch die Redensarten: datur compensatio in l. 19. D. h. t. (Papinian.), l. 14. §. 2. Cod. eod.; — habere compensationem in l. 17. D. h. t. (Papin.); — compensationem implorare in l. 2. Cod. eod.; — compensationem inducere in §. 30. J. de act. 4, 6. — Denn dare gebrauchen die Lateiner nicht selten die thatsächliche Gestattung einer Handlung zu bezeichnen [8]); und ähnlich dient habere zur Bezeichnung der thatsächlichen Möglichkeit eine Handlung vorzunehmen [9]). Implorare wird freilich, soweit mir bekannt, nicht gebraucht von einer eigenen Handlung, deren Vornahme man beansprucht; allein in der

---

sie auf die Wagschale legen. — s. l. 2. 5. 9. § 1. 10. §. 1. 16. pr. 18. §. 1. 21. D. h. t. l. 13. Cod. eod. — l. 1. §. 4. de contr. act tut. 27, 4. — l. 20. §. 2. de statulib. 40, 7. l. — l. 18. pr. de pign. act. 13, 7. — l. 4. qui pot. in pign. 20, 4. — l. 76. de R. J. 50, 17. u. s. w. Dies gegen Brinz, Noch einmal: Ipso jure compensari in Jahrb. des gem. deutschen Rechts, herausg. von Dr. E. J. Bekker und Dr. Th. Muther. 1. Bd. 1. Heft. Nro. II. p. 24. ff. — s. auch von Scheurl, Betr. zur Bearbeitung des Röm. Rechts Erlangen 1853 p. 185 f. — Daß „das Recht compensire" ist nur ein anderer Ausdruck dafür, daß sich die Forderungen selber compensiren, der übrigens schon alt erscheint. s. Tyndar. c. l. Art. VI. z. B. Nro. 51. und Nro. 79. u. s. w.

[7]) s. l. 18. pr. D. h. t (Papinian.) l. 20. eod. (id.) l. 5. l. 6. Cod. eod. l. 18. §. 4. commod. 13, 6. l. 36. de admin. tut. 26, 7. (Papinian).

[8]) vgl. z. B. die Redensarten: iter dare, d. h. die Vornahme eines Marsches, einer Reise gestatten. — Caesar de b. Gall. I. 8, 2. Liv. 40, 57. — aditum dare. Colum. V. 9, 1. Cic. de orat. III. 2, 7. — receptum dare. Caes. de b. civ. I. 82, 4. — Nicht ungewöhnlich ist es, daß dare in dieser Bedeutung mit dem Infinitiv eines Zeitworts construirt wird, z. B. Horat. Ep. I. 1, 32. — 16, 61. Sat. I. 2, 124. II. 3, 191. Ep. ad Pis. 323. — cernere datur bei Plin. Ep. I. 10. §. 5. panegyr. 29. §. 3. u. s. w.

[9]) vgl. z. B. habere iter. Caes. de b. Gall. I. 7, 2. — habere receptum. Id. eod. VI. 9, 1. de b. civ. I, 59. — habere regressum. Colum. II. 1, 4. — habere aditum. Cic. pro domo. 1, 3. — Caes. de b. Gall. V. 41, 1. — Id. de b. civ. I. 74, 5. — l. 91. §. 5. D. de legat. III. u. s. w.

fraglichen Stelle steht auch nichts im Wege als Zweck des Begehrens es aufzufassen, daß der mit der actio judicati Klagende seine eigene Schuld an den mit dieser Klage belangten Imploranten sich in die Judicatssumme einrechne. Was endlich das compensatio inducebatur anbetrifft, so wird dies gewöhnlich zwar einfach übersetzt: „die Compensation ward eingeführt." Es fragt sich aber, ob dabei der Ausdruck Compensation nicht eben in dem Sinne von Compensationsrecht gesetzt sei. Allein, so entschieden das vom Standpuncte unserer Sprache aus geleugnet werden darf; so wenig ist es wahr, daß die Römer inducere nur von Ausdrücken gebraucht hätten, welche Recht, Sitte, Gebrauch, Mode — bezeichnen. Vielmehr bezieht sich sowohl einführen als inducere nicht selten auf etwas durchaus Thatsächliches; und der etwaige Gedanke an eine Wiederholung liegt höchstens in dem inducere oder einführen, nicht in dem von diesem abhängigen Worte [10]). Und so kann compensatio im §. 30. J. cit. sehr wohl die bloße Thatsache bedeuten, daß compensirt werde, die Compensations*handlung*. Ja, in dem folgenden: nostra constitutio easdem *compensationes* latius *introduxit* ist es schon aus der Pluralform des Objectes klar, daß compensatio nicht das Compensations*recht*, sondern die Compensations*handlung* bezeichnet, während dem introducere schwerlich ein vom inducere abweichender Sinn innewohnt.

So wenig demnach compensatio die Befugniß zur Compensation bedeutet, so wenig ist es zweitens gebräuchlich eine unter gewissen Voraussetzungen ohne weiteres, von selbst eintretende *Befugniß* sich zu vertheidigen, sofern man damit nicht die processualische Form meint, in welcher diese Befugniß benutzt wird, als etwas zu bezeichnen quod fit ipso jure. Man müste aber in diesem Sinne ebensowohl wie hier ipso jure compensatur, sobald z. B. ein pactum de non petendo pure abgeschlossen ist, sagen können: ipso jure hoc pacto liberatus est reus; — oder im Falle einer zur Retention berechtigenden Verwendung auf eine Sache, die herauszugeben man an sich verbunden ist: ipso jure ex retentione non tenetur reus u. s. w. [11]). Und es wäre da-

[10]) vgl. Brisson. de V. S. ed. Heinecc. sub. v. inducere. Nro. 1. und namentlich l. 36. de admin. tut. 26, 7. cit. aequitas, quae merum jus *compensationis* inducit. — s. Dernburg. c. l. p. 186. Note 2. —

[11]) Hier muß ich für mein Theil bekennen, daß ich Brinz, Pand. §. 149. nicht

verstehe. Es heißt dort p. 641. unten f.: „Die Compensation kommt in zweifacher Weise vor: einmal als Handlung, Geschäft [„facto hominis" —]; dann aber auch von selbst, ipso [jure „ipso jure compensari"] l. 21. D. h. t. cf. l. 10. pr. l. 4. eod. l. 4. C. h. t. 4. 31.], derart nämlich, daß sie mit dem Dasein der Gegenforderung, kraft Rechtens, sine facto hominis, da ist." — p. 643. oben: „Die von selbst eintretende C. geht in diesem gegenseitigen und gleichmäßigen Zurückbehaltendürfen auf; sie ist mit dieser Befugniß identisch; was wir einst „das Recht der Gegenforderung" im Gegensatz zur Compensation nannten, und Dernburg und Vangerow noch so, oder in ähnlicher Weise (Compensabilität) nennen, — ist selbst Compensation, darin und lediglich darin bestehend, daß bis zur gegenseitigen Deckung der Forderungen keiner zu zahlen schuldig ist [l. 4. D. h. t. „— quod ex compensatione reus retinere potest" — „ipso jure eo minus . . debere —" und „factam videri . . . ipso jure . . liberationem" l. 10. pr. eod. —]" Dann p. 644. oben: „Die gerichtliche Geltendmachung der von selbst eingetretenen Compensation kann nach classischem Rechte zweifach gedacht werden. Denn wenn auch „von selbst" compensirt ist, kann die Thatsache gleichwohl ope exceptionis (doli) nämlich dahin geltendgemacht werden müssen, daß mehr zu verlangen dolos sei. Nur müssen wir dabei stehen bleiben, — daß gegenüber dieser exceptionellen Geltendmachung zwar immerhin von einer „von selbst" eintretenden Compensation die Rede sein könnte, der Römer dagegen hier schwerlich von einem ipso jure compensari gesprochen haben möchte." — Wenn ipso jure compensari überhaupt heißt: es wird von selbst compensirt; so dünkt mich, muß es für diese Bedeutung ganz gleichgültig sein, in welcher processualischen Form die von selbst eingetretene Compensation geltendgemacht wird. — Die Deduction, welche Brinz, Die Lehre von der Compensation §. 11. p. 39. f. dagegen aufgestellt hat, daß ipso jure bald den Gegensatz zu ope exceptionis bilde, bald mit ihm Hand in Hand gehe, scheint mir kaum haltbar. Denn zugegeben auch, ipso jure stehe eigentlich im Gegensatze zu dem, was nicht blos kraft Rechtens, sondern unter Voraussetzung einer Handlung geschieht: so wird doch anderseits sofort eingeräumt werden müssen, daß ipso jure keineswegs immer im Gegensatze zu aller und jeder Handlung, sondern oft im Gegensatze gerade nur Einer bestimmten Handlung, also relativ, gebraucht werde. So ist es z. B. gleich bei der Anwendung, worin es die Entbehrlichkeit einer exceptio bezeichnet; daß hier gar keine Handlung der ipso jure geschützten Partei erforderlich sei, bedarf keiner Widerlegung. (Daß in dieser Anwendung ipso jure nicht jedes factum hominis ausschließt, hat Brinz selbst zugestanden. s. dens.: Noch einmal: Ipso jure comp. c. l. a. E.) Es ist folglich gar nicht abzusehen, weshalb keineswegs da, wo man mit dem ipso jure nur etwa die Nothwendigkeit eines Verzichtes, eines Vertrages und dergl. verneinen will, die Nothwendigkeit einer exceptio unverneint stehen bleiben könne. — Was indessen den römischen Sprachgebrauch angeht, und der allein ist hier entscheidend, so muß ich Brinzen zustimmen. Namentlich halte ich seine Erklärung von l. 72. pr. de solut. 46, 3. p. 40. ff. insoweit richtig, als er zwischen obligationes bonae fidei einer- und obligationes stricti juris anderseits unterscheidet. Der von ihm

nach gewiß höchst seltsam, daß der Ausdruck ipso jure in der fraglichen Bedeutung gerade nur in der Lehre von der Compensation und zwar so oft wiederholt sich finden sollte, während er übrigens in gleicher Weise gar nie vorkömmt.

Nicht schwieriger ist der fernere Nachweis, daß mit den Worten: ipso jure compensatur die Römer auch nicht die s. g. Retrotraction der irgendwann eintretenden Compensation auf den Augenblick der Coexistenz der compensabelen Gegenforderungen bezeichnen.

Es kömmt in unsern Quellen, soviel mir bekannt, keine einzige Stelle vor, in der das ipso jure überhaupt irgend eine Beziehung auf eine s. g. Retrotraction hätte. Zwar finden sich in den Lehrbüchern, z. B. in Puchtas Pandekten §. 142. in der Lehre von der Revocabilität dinglicher Rechte für den Fall, daß ein solches Recht unter einer Resolutivbedingung übertragen ist, die Behauptungen, conditione exsistente geschehe die Aufhebung 1) ipso jure, so daß das Recht unmittelbar und von selbst an den falle oder zurückfalle, dem es unter dieser Voraussetzung bestimmt ist; und 2) nach der Natur der Bedingung rückwärts (resolvitur ex tunc); das Recht werde von der Zeit der Festsetzung der Bedingung an als aufgehoben betrachtet. Allein die zum Beweise der ersteren Behauptung bei Puchta und anderswo angeführten Stellen enthalten erstens die Worte: ipso jure gar nicht. Und wenn dieselben darin auch enthalten wären oder sub-

---

in Note 59. angenommene Streit zwischen den römischen Juristen aber scheint mir bei der ferneren Unterscheidung von obligationes stricti juris auf eine species und solchen auf ein genus zu verschwinden. Bei jenen wirkt der Untergang des geschuldeten Gegenstandes, falls der Gläubiger in mora ist, ipso jure, bei diesen ope exceptionis. Aus l. 105. de V. O. 45, 1. cit. aber läßt sich hierfür weder das eine noch das andere beweisen. —

s. auch von Scheurl c. l. p. 168. f., der in dem ipso jure der l. 4. D. h. t., soweit dasselbe schon von den dort angeführten Juristen vor M. Aurelius gebraucht worden, den Hinweis auf die nothwendige quantitative (ökonomische) Einwirkung einer Gegenforderung auf eine, mit derselben auf einen vollkommen gleichartigen Gegenstand gerichteten, Forderung erblickt, obwohl er annimmt, daß die Wirkung einer solchen Gegenforderung die gewesen sei, den sie nicht gehörig berücksichtigenden Kläger mittels einer doli exceptio zurückschlagen zu können. Denn auch hier bezeichne das ipso jure, daß die angegebene Wirkung eintrete, ohne daß die Forderung durch eine voluntaria compensatio, ein Rechtsgeschäft der Abrechnung, soweit aufgehoben zu werden brauche.

intelligirt werden könnten oder müßten: so wären es zweitens doch immer nicht diese Worte, in denen der Hinweis auf die resolutio ex tunc, die Retrotraction läge [12]). Vielmehr ist die Rücksicht auf den Augenblick der Festsetzung der resolvirenden Bedingung hier, geradeso wie bei der Suspensivbedingung, da, wo sie unzweifelhaft statthat, stets ausdrücklich vorgeschrieben. Ja, in der Einen mir bekannten Stelle, wo der Ausdruck ipso jure dominium transferre bei dem Eintritte einer aufschiebenden, aber freilich nicht gewillkürten, sondern gesetzlichen, Bedingung vorkömmt, nämlich in l. 9. §. 1. D. de jure dotium 23, 3. kann von einer Rückziehung geradezu keine Rede sein [13]).

Noch viel weniger aber findet sich die fragliche Beziehung eines ipso jure auf die Retrotraction da, wo der zuretrotrahirende Erfolg nur unter der Voraussetzung einer gewissen Willenserklärung eintreten soll [14]). Es gebricht also schon die nothwendigste thatsächliche Voraussetzung einer von Unterholzner [15]) und von Arndts [16]) angegebenen Anwendung des ipso jure, in welcher diese Worte ihrem in Rede stehenden Gebrauche in dem Satze: ipso jure compensatur analog gesetzt sein sollen. Jene Anwendung nämlich soll die lex commissoria betreffen, in deren Folge z. B. bei einem Kaufgeschäfte der Handel bei der Säumigkeit des Käufers ipso jure rückgängig werde, jedoch nur alsdann, wenn der Verkäufer von seinem desfallsigen Rechte Gebrauch macht. Auf die Widerlegung einer solchen Analogie mich einzulassen scheint mir unnöthig, ehe nicht einmal ein Quellenbeleg dafür beigebracht ist, daß die Römer wirklich sagen: die gebrauchte lex commissoria wirkt ipso jure [17]).

So würde denn das ipso jure compensatur einzig in seiner Art dastehen, wenn es in der That die Retrotraction der durch

---

[12]) Auf die Erörterung der schwierigen Frage nach der Richtigkeit des als allgemeine Regel hingestellten Satzes: conditio exsistens retrotrahitur kann ich mich selbstverständlich hier nicht einlassen.

[13]) Vgl. von Vangerow, Lehrb. Bd. 1. §. 95. p. 104.

[14]) s. Brinz. c. l. §. 5. p. 12. unten; eine Bemerkung, welche sowohl Dernburg c. l. §. 30. p. 302. sub. III. als Arndts Lehrb. der Pandekten, §. 265. Anm. 1. übersehen zu haben scheinen.

[15]) Quellenmäßige Zusammenstellung der Lehre des römischen Rechts von den Schuldverhältnissen. Bd. 1. §. 256. p. 552.

[16]) a. a. O. p. 396.

[17]) vgl. übrigens Brinz c. l. p. 12. Dernburg p. 302. f

spätere Erklärung herbeigeführten Compensation auf den Augenblick der Coexistenz der compensabelen Gegenforderungen anzeigen soll.

Damit ist eigentlich schon die Verkehrtheit dieser Auffassung dargethan: es müßte denn sein, daß überwiegende äußere oder innere Gründe die Eigenthümlichkeit derselben für den Einen Fall rechtfertigten.

Aeußere Gründe dürften schwerlich nur mit einigem Scheine der Wahrheit beigebracht werden können. Keine Stelle der Quellen sagt, daß irgend eine Wirkung des Gegenüberstehens compensabeler Gegenforderungen umdeswillen früher als die Compensation selber angenommen werden müsse, weil diese ipso jure geschehe. Von derartigen Wirkungen geben die Quellen überhaupt unzweifelhaft nur zwei unmittelbar an: 1) die condictio indebiti, wenn jemand, in entschuldbarem Irrthume über seine Befugniß zu compensiren, statt von derselben Gebrauch zu machen Zahlung geleistet hat; — und 2) das Aufhören des Zinsenlaufes für die sich deckenden Beträge compensabeler Gegenforderungen von dem Augenblicke der Coexistenz an [18]). Allein bei Gelegenheit der ersteren Wirkung sprechen die Quellen überall nicht von ipso jure [19]). Und was die andere Wirkung anlangt, so verschweigen zwei Stellen [20]), worin ihrer erwähnt wird, nicht minder jene Worte. Nur Eine Constitution [21]) vereinigt die Erklärungen, daß die Compensation ipso jure geschehe, und daß sie rücksichtlich des Zinslaufes von dem Augenblicke an wirke, von welchem die compensabelen Forderungen einander gegenüberstanden. Aber gerade daraus, daß gesagt ist: ipso jure und ex eo tempore, ex quo ab utraque parte debetur, nicht etwa ipso jure, id est ex eo tempore, oder ipso jure, ideoque ex eo tempore oder dergl., ja, die fraglichen Ausdrücke durch mehrere betonte Wörter getrennt sind, mithin hier nicht einmal, so schwerfällig dies immer wäre, der eine als erklärende Apposition des andern gelten kann, — muß gefolgert werden, daß jenes ipso

---

[18]) Brinz, c. l. p. 16.

[19]) f. l. 10. §. 1. D. h. t. l. 30. D. de cond. indeb. 12, 6. l. 13. Cod. h. t.

[20]) l. 11. D. h. t. l. 5. Cod. eod.

[21]) l. 4. Cod. h. t.

jure keinerlei Bezug hat auf den Zeitpunct, auf den die Wirkung der Compensation zurückgeführt wird.

Obendrein dürfte es ziemlich unthunlich sein, von den l. l. 4. 10. pr. D. 14. pr. Cod. h. t. und dem §. 30. J. de act. 4, 6. allenfalls zu schweigen, eine Beziehung auf die Retrotraction in dem ipso jure zu erblicken, das in l. 21. D. h. t. vorkömmt. Mag nun retrotrahirt werden oder nicht, man begreift nicht, wie dieser Umstand einen Einfluß haben soll auf die Nothwendigkeit der Legitimation eines Procurators. Denn, wenn Retrotraction stattfindet, so findet sie doch nur statt, wann Compensation stattfindet. Diese aber findet nur dann statt, wann derjenige sich auf die Befugniß zu compensiren beruft, dessen Berufung darauf Bedeutung hat, d. h. der berechtigt ist zu compensiren. Ein unbevollmächtigter Stellvertreter ist das aber so wenig, daß Paullus seine Entscheidung in l. 21. eben darauf gründet: quia nihil compensat. Es würde also überhaupt keine Compensation stattfinden, folglich auch kein Retrotrahiren derselben; mithin kein Einfluß des Retrotrahirens auf die cautio de rato. Angenommen aber, ein nicht legitimirter Stellvertreter wäre berechtigt überhaupt zu compensiren — und das ist doch die Voraussetzung für die Retrotraction der Compensation —: so würde er das ebensogut sein, einerlei ob retrotrahirt würde, oder ob die Compensation erst von dem Augenblicke an datirte, wo jemand den Richter von ihrer Möglichkeit unterrichtet hat, oder von irgend welchem andern Augenblicke an.

Mangelt demnach ein äußerer Grund das ipso jure von der Retrotraction zu verstehen; so dürfte ein innerer vollends nicht vorhanden sein. Man müßte denn die Unfähigkeit das ipso jure, das nicht ein wirkliches „von selbst" bedeuten kann[22]), anders zu erklären als solchen Grund gelten lassen wollen. In sich zusammensinken aber muß auch dieser letzte, an sich schon unhaltbare, Grund, sobald eine durchaus genügende Erklärung anderer Art nachgewiesen sein wird. Da dies meine eigentliche Aufgabe ist, so mag der spätere Versuch sie zu erfüllen zugleich als letzte Widerlegung der angefochtenen Auffassung der fraglichen Worte gelten.

---

[22]) Brinz. c. l. §. 8. p. 25.

§. 6.

B. Neuere Ansichten.

I. Dernburgs Auffassung.

1. Ipso jure im allgemeinen.

Ausgehend von der vermeintlichen Unzulänglichkeit beider im Vorhergehenden dargestellten Erklärungsweisen des ipso jure compensari, sowohl der s. g. materiellen, die auch wir im vorigen §. verworfen haben, als nicht minder der s. g. formellen, hat Dernburg im §. 32. p. 310. ff. und §. 33. p. 320 ff. seines Buches über die Compensation einen neuen Weg eingeschlagen, jene, den bisherigen Auslegern räthselhaften, Worte zu deuten. Wie weit der Ausgangspunct gerechtfertigt ist, bleibt einstweilen unerörtert: selbst die offenbarste Verkehrtheit aller bisherigen Ansichten könnte zwar den Versuch eine neue aufzustellen, nicht aber den Inhalt dieser neuen an sich rechtfertigen. Sie muß sich durch ihre positiven Grundlagen halten können. Und eben die will ich jetzt untersuchen.

Dernburg meint, das ipso jure compensari solle heißen, die Compensation geschehe nach Rechtsgrundsätzen, nicht nach richterlicher Gunst oder auch ohne Recht.[1]).

---

[1]) c. l. §. 33. p. 320. — Dieselbe Auffassung hat in einiger Breite, freilich mit augenscheinlichen Verkehrtheiten vermischt, schon früher F. Hartter ausgesprochen. Zur Berichtigung der Theorie der compensatio und deductio. Zeitschr. für Civilrecht und Proc. Bd. 19. Gießen 1844. Nro. 6. — p. 146. f. „Die Idee des Rechts selbst billiget die Abrechnung als eine Befugniß, und die positive Anerkennung der Compensation ist nichts als der Uebertritt der Rechtsidee in das sinnlich erkennbare Gesetz. Es bedeutet daher aequitas compensationis das regelmäßig gebildete Recht derselben, die Vernunftwahrheit des Instituts." — p. 157. „Von Rechtswegen." „Solange die C. noch nicht eine generelle Rechtsregel war, konnte sie nur durch ein edictum repentinum, prout res incidit, als eine rechtliche Nothwendigkeit, und zwar nur für den concreten Fall begründet werden. Es gab so zu sagen erst ein Compensationsrecht durch Schutzrede und Anerkennung derselben vom magistratus. Eine Gegenforderung konnte daher immer nur durch factum hominis eingeführt werden." — p. 159. von l. 4. D. h. t. „Daß ipso jure hier nicht, wie sonst öfter, das Civilrecht bedeutet, ist klar, denn die C. selbst war ja, nachdem der Literalcontract aufgehört hatte, kein Institut des Civilrechts. Das

Dies zu beweisen bemüht er sich zunächst zu zeigen, daß ipso jure auch sonst häufig in dem angegebenen Sinne vorkomme; sodann daß derselbe den römischen Juristen gerade da vorgeschwebt habe, wo sie von einem ipso jure compensari sprachen.

Betreffend den erstern Theil jenes Beweises hat Brinz [2]) bemerkt, ob in Stellen, welche nicht von der Compensation handeln, ipso jure im Gegensatze zum richterlichen Ermessen stehe, möge auf sich beruhen: denn es folge daraus an sich nicht, daß es auch in denjenigen Stellen so stehen müsse, welche die Compensation zum Gegenstande haben. So wenig darnach die Richtigkeit von Dernburgs hierher gehörigen Stellenerklärungen eine überzeugende Wahrscheinlichkeit, geschweige einen zwingenden Beweis, für die Richtigkeit seiner Auffassung des ipso jure compensari erbringt: so sehr würde der Glaube an die letztere erschüttert werden, wenn sich nachweisen ließe, daß in den von ihm angeführten Quellenstellen das ipso jure keineswegs im ausschließlichen und geraden Gegensatze zur Statthaftigkeit des richterlichen Ermessens stehe. —

Zuerst und hauptsächlich kömmt hier in Betracht l. 5. §. 1. D. de his, quae ut indignis. 34, 9. [3]). — Angenommen, durch die Worte: petere hereditatem i p s o j u r e poterunt — solle der Gedanke ausgedrückt werden, daß die blutsverwandten Legatare ein Recht auf die hereditatis petitio haben; und durch die

---

ipso jure kann hier nichts als „von Rechtswegen" heißen." —

Ipso jure als „von Rechtswegen" steht auch schon bei Krug. c. l. p. 32. Note 62. — vgl. auch „Des teutschen Justiniani oder der Grund-Lehren des Röm. Rechts 4. Bücher. Augspurg 1718. 4°. Buch 4. Tit. 6. §. 30. Note 8. „Ipso jure oder gleich und von Rechtswegen] d. i. solcher gestalten, daß so bald sichs zeiget, daß die Gegenforderung richtig und compensable ist, solche Comp. oder Abrechnung in ihrer Wirkung also angesehen wird, als wenn sie gleich zu der Zeit, da beiderseitige Forderungen zu seyn angefangen haben, vorgegangen und also die Wechselweise Bezahlung geschehen wäre." pp.

[2]) in dem cit. Aufsatze: „Noch einmal." pp.

[3]) Dernburg p. 315. f. (Paull.) — De eo vero, qui legatum accepit, si neget jure factum esse testamentum, D. Pius ita rescripsit: Cognati Sophronis licet ab herede instituto acceperant legata, tamen, si is ejus conditionis fuerit visus, ut obtinere hereditatem non possit, et jure intestati ad eos cognatos pertinet, petere hereditatem i p s o j u r e poterunt. Prohibendi autem sint, an non: ex cujusque persona, conditione, aetate, cognita caussa a judice constituendum erit.

Worte: probibendi sint an non — a judice constituendum erit — solle bezeichnet werden, daß der Richter nach Befund des Falles die Klage solle abweisen dürfen: so würden allerdings in den beiden Sätzen das Recht der Partei und das Ermessen des Richters sich gegenübergestellt. Allein, wenn diese Stelle etwas beweist, so beweist sie geradezu gegen Dernburg. Sein ipso jure compensari soll heißen: die Partei hat ein Recht auf die Compensation, das ihr keine richterliche Willkür, kein richterliches Ermessen nehmen kann; — hier wäre ja von einem Rechte die Rede, das eben von dem richterlichen Ermessen durchaus abhängig ist. — Uebrigens meint die Stelle einen ganz andern Gegensatz, nämlich den Gegensatz zwischen der Befugniß des Magistrats und der Befugniß des Privatrichters. Wenn jener einmal die Formel der hereditatis petitio ertheilt hat, so hat der Privatrichter sich gar nicht darum zu kümmern, ob der Kläger, der jetzt als Intestaterbe auftritt, bereits vorher ein Legat aus dem Testamente des Erblassers angenommen hat; dies heist: petere hereditatem ipso jure poterunt. Dagegen ist es Sache des um Ertheilung der Formel angegangenen Magistrats nach vorgängiger caussae cognitio die Formel zu ertheilen oder zu verweigern: prohibendi sint an non (sc. petere) — cognita caussa a judice constituendum erit. Der judex ist eben der Magistrat; von einem Privatrichter wäre es gänzlich überflüssig zu sagen: cognita caussa, namentlich, nachdem die Entscheidungsmomente vorher angegeben sind. Die Richtigkeit dieser Erklärung erhellt aus der Vergleichung unserer Stelle mit l. 43. D. de H. P. 5, 3. Es mag dahingestellt bleiben, ob der von Paullus hier erwähnte imperator Antoninus der von ihm in l. 5. §. 1. cit. genannte D. Pius ist [4]); — zweifellos ist in der allgemeineren Ausdrucksweise der l. 43. auch der in der andern Stelle entschiedene Fall mitbegriffen. Daß aber in l. 43. die caussae cognitio sich auf den Magistrat bezieht, wird gewiß durch die hier gebrauchten Worte: hereditatis petitionem negandam esse; das ist eine nicht dem judex privatus, sondern dem magistratus zukommende Thätigkeit [5]). Dem Ausdrucke: negare ac-

[4]) G. Haenel. Corpus legum ab imperatoribus rom. ante Justinianum latarum. Lips. 1857. hat die Bestimmung der l. 5. §. 1. p. 107. col. 2. gegen Ende dem Antoninus Pius, — die der l. 5. de H. P. p. 154. col. 2. in der Mitte dem Caracalla zugeschrieben.

[5]) l. 102. §. 1. D. de R. J. 50, 17.

tionem entspricht in l. 5. §. 1. genau der Ausdruck: prohibere petere, der durch Dernburgs „abweisen" mehr als frei übersetzt ist; denn ein vom Privatrichter abgewiesener Kläger ist doch sicherlich nicht am petere verhindert. Wohl aber ist das jemand, dem der Magistrat in jure die formula actionis verweigert; hic enim non petit, sed petere vult [6]). — Nur insoweit hat also Dernburg bei der Erklärung der l. 5. §. 1. recht, als er bemerkt [7]), daß hier bei der Anwendung des ipso jure derselbe Gedanke herrscht, wie wenn es im Gegensatze zur Nothwendigkeit einer in integrum restitutio vorkomme: denn in der That steht demselben, wie es auf die Befugniß des judex privatus zu beziehen ist, beiderwärts der Hinweis auf eine caussae cognitio des magistratus entgegen.

Dann führt Dernburg an l. 17. §. 1. D. de test. mil. 29, 1. [8]). Auch hier soll ipso jure im Gegensatze stehen zum freien Ermessen, zur Vermittlung des Theilungsrichters. Warum nicht dazu auch? steht es doch im Gegensatze zu jeder weitern Thätigkeit irgend eines Menschen, abgesehen vom Erbschaftsantritte, der vorausgesetzt wird. Mich dünkt, Dernburg hätte vorerst nicht mit so peinlicher Gelehrsamkeit gerade diesen Fall eines Soldatentestamentes herauszusuchen brauchen; der bekannte Satz: nomina ipso jure divisa sunt sagt ganz das Nämliche und ist, weil bekannter, von jedermann unbefangener und leichter zu übersehen als jener Fall [9]).

---

[6]) Petere oder agere sagen die Römer im technischen Sinne bekanntermaßen erst von jemandem, der bereits litem contestirt, oder, was sie für den Proceß per formulas regelmäßig als gleichbedeutend gebrauchen, die Formel erhalten hat. s. z. B. l. 15. D. rat. rem. 46, 8. l. 3. pr. D. de sepulcro viol. 47, 12. l. 4. D. de H. P. 5, 3. l. 14. pr. D. de noxal. act. 9, 4. verbunden mit l. 10. D. de pecul. 15, 1. Gaj. IV. 83. u. s. w. Schrader zu §. 2. J. de off. jud. ad v. post inchoatam — petitionem. p. 746. Keller, Litiscont. §. 6. p. 68.

[7]) c. l. p. 316. Note 1. vgl. oben §. 3. Note 4.

[8]) p. 316. — (Gaj.) Julianus etiam ait, si quis alium castrensium rerum, alium caeterarum scripsisset, quasi duorum hominum duas hereditates intelligi: ut etiam in aes alienum, quod in castris contractum esset, solus is teneatur, qui castrensium rerum heres institutus esset; extra castra contracto aere alieno is solus obligetur, qui caeterarum rerum heres scriptus esset. Cui scilicet conveniens videtur respondisse, ut ex quaqua caussa debeatur militi, vel huic heredi vel illi ipso jure debeatur.

[9]) l. 6. Cod. fam. ercisc. 3, 36. Die Gleichartigkeit beider Sätze hebt

Nun soll keineswegs geleugnet werden, daß unsere Quellen besonders häufig als eine Folge dieses Satzes die Unnöthigkeit einer richterlichen Auseinandersetzung, und insofern gerade das Ergebniß der richterlichen Thätigkeit im Gegensatze der nach unmittelbar wirkender Rechtsvorschrift eingetretenen Verhältnisse hinstellen [10]). Allein dies geschieht nur, weil der erwähnte Gegensatz ein besonders wichtiger, nicht, weil er der ausschließliche ist. Ein anderer, der Natur der Sache nach, ganz ebenso nahe liegender, Gegensatz ist derjenige der gütlichen Auseinandersetzung, die, wo ipso jure getheilt ist, gleichfalls überflüssig wird. Denn die erschöpfende praktische Bedeutung der ipso jure eintretenden divisio ist der Nichteintritt einer Gemeinschaft, communio: folglich die Unnöthigkeit einer jeden Auseinandersetzung, sowohl der außergerichtlichen als der gerichtlichen.

Läge aber selbst in dem ipso jure der l. 17. §. 1. cit. der bloße Gegensatz zu der richterlichen Thätigkeit: so würde diese doch für das hier in Betracht kommende Ergebniß beileibe kein freies Ermessen, keine Willkür des Richters sein [11]). Die dort herausgehobene Eigenthümlichkeit des Soldatentestamentes besteht nämlich darin, daß die in einem solchen angeordnete verschiedene Erbfolge in bona castrensia einer- und in übriges Vermögen andererseits nach unmittelbar wirkender Rechtsvorschrift in Gemäßheit kaiserlicher Constitutionen von vornherein eine Sonderung der Vermögensmassen herbeiführt; während mittels des Testamentes eines Nichtsoldaten der Erfolg einer z. B. nach italischem und Provincialvermögen gesonderten Erbfolge nicht unmittelbar herbeigeführt werden kann. Die Rechtssätze vielmehr, welche diesen

---

auch l. 25. §. 1. D. fam. ercisc. 10, 2. ausdrücklich hervor. Si miles alium castrensium, alium caeterorum bonorum heredem fecerit, non est locus familiae erciscundae judicio: divisum est enim per constitutiones inter eos patrimonium. Quemadmodum cessat familiae erciscundae judicium, quum nihil in corporibus, sed omnia in nominibus sunt. Dernburg citirt nur die vordere Hälfte der Stelle.

[10]) s. z. B. l. 78. pr. D. de hered. instit. 28, 5. — jure semisses ambos habere constitit: sed arbitrum dividendae hereditatis supremam voluntatem — sequi.

[11]) Freilich spricht Dernburg im Alinea „Forderungen und Schulden" p. 316. nur von „Ermessen und Vermittelung des Theilungsrichters" schlechthin; allein einmal ist Ermessen seinem Begriffe nach frei; dann aber hat er Z. 2.

vom Erblasser gewollten Erfolg gestatten, schließen anders als jene Constitutionen von vornherein weder jede Gemeinschaft der Erben in beiderlei Vermögensstücken, noch die kraft der XII. Tafeln mit unmittelbarer Wirkung herbeigeführte Theilung der Obligationen nach andern Quoten, nämlich gleichen, aus. Jene Rechtssätze ermöglichen den fraglichen Erfolg erst durch förmliche Auseinandersetzung, für welche der Wille des Erblassers die einzuhaltende Richtschnur abgiebt. An diesen Willen ist auch der Theilungsrichter vermöge der besprochenen Rechtssätze gebunden [12]). Und folglich ist der Gegensatz zwischen ipso jure und richterlicher Thätigkeit nicht der von Rechtsvorschrift und Willkür, sondern der von unmittelbar wirkender Rechtsvorschrift und solcher Rechtsvorschrift, welche erst durch eine, ihrem Ziele nach gebundene, Thätigkeit des Richters die Verhältnisse bestimmt.

Daß es auch nur dieser Gegensatz ist, welcher in l. 16. pr. D. de jure patronatus. 37, 14. vorkömmt, bedarf keiner weitern Erläuterung [13]).

Darauf stehen bei Dernburg eine Reihe von Stellen, worin durch den Ausdruck ipso jure angeblich die Existenz einer Berechtigung oder die Anwendbarkeit eines Rechtssatzes dem Nichtsein der Berechtigung, der Nichtanwendbarkeit eines Rechtes gegenüber hervorgehoben wird. Auch dieser Gegensatz soll bei der Phrase compensationem fieri ipso jure nahegelegen haben.

Als erster Beleg einer solchen Anwendung des ipso jure erscheint l. 8. pr. D. de reb. eorum. 27, 9., freilich nicht ganz

---

v. o. von dem Gegensatze des ipsum jus und des freien richterlichen Ermessens geredet und fährt darauf so fort: „In demselben Sinne kommt unsere Phrase in fr. 17. §. 1. D. de test. militis. 29, 1. vor.“

[12]) l. 35. pr. §. 2. l. 78. pr. cit. D. de hered. instit. 28, 5.

[13]) (Ulpian.) Si libertus minorem se centenario in fraudem legis fecerit: ipso jure non valebit id, quod factum est; et ideo, quasi in centenarii liberti bonis locum habebit patronus. quidquid igitur quaqua ratione alienavit, ea alienatio nullius momenti est. Plane si qua alienaverit in fraudem patroni, adhuc tamen post alienationem major centenario remaneat: alienatio quidem vires habebit, verum tamen per Favianam et Calvisianam revocabuntur ea, quae per fraudem sunt alienata. pp. — Dernburg p. 316. Note 3. Mag sein, daß das unbestimmte „ähnlich“ das Richtige meint; dann aber scheint die ganze Note überflüssig.

genau abgedruckt[14]). Dies soll heißen: „Wer nicht wirklich nach den Grundsätzen des Rechts (ipso jure) Tutor ist, sondern nur factisch die Tutelgeschäfte führt", — pp. Läge nun der Gegensatz von tutores ipso jure in der That in dem pro tutore, so würde das ipso jure auch zu curatores zu beziehen sein, da dieses ebenso, wie das tutores zu pro tutore, im Gegensatze zu pro curatore steht. Daß dem aber nicht so ist, ergiebt die Wortstellung, welche bei jenem Sinne lauten müßte: Ipso jure qui neque tutores sunt neque curatores — oder: Qui neque tutores neque curatores sunt ipso jure. — Allein gerade die Stellung, welche das ipso jure wirklich hat, weist auf einen ganz andern Gegensatz. Es ist dies das Wort curatores. Und ipso jure bezeichnet nicht die Grundsätze des Rechtes überhaupt, irgend eines beliebigen Rechtes, sondern, was es oft thut, das römische Civilrecht im Gegensatze zu dem jus honorarium. Denn die tutela beruht durchgehends auf jenem, die cura minorum — und von der allein ist hier die Rede — beruht auf dem prätorischen Edicte[15]). So würde der Sinn der Stelle sich am einfachsten wiedergeben lassen: „Wer weder nach dem Civilrechte noch nach dem prätorischen Rechte Altersvormund ist." pp.

Genau dieser Gegensatz zwischen jus civile und jus honorarium ist es auch, der durch das ipso jure bei Gajus III. 32. [16])

---

[14]) Qui neque tutores sunt ipso jure, neque curatores, sed pro tutore negotia gerant, vel pro curatore: eos non posse distrahere res pupillorum, vel adolescentium nulla dubitatio est. Bei Dernburg fehlt das vel pro curatore.

[15]) s. Ulpian. fragm. XI. 2. 3. 14. 18—24. — XII. 1. 4. — Schulting, Jurisprud. vetus ad tit. XII. Note 3. — Außerdem wäre der Ausdruck: tutor ipso jure einen wirklichen Tutor zu bezeichnen gewiß sehr unpassend, fast ebenso unpassend wie der: Vormund nach den Grundsätzen des Rechtes. Denn wer Vormund ist, kann dies gar nicht anders sein als nach den Grundsätzen des Rechtes, weil Vormund ein Rechtsbegriff ist. Wo die Römer einen wirklichen Vormund im Gegensatze zu einem qui pro tutore gerit, oder einem falsus tutor ausdrücklich bezeichnen wollen, da sagen sie verus tutor, z. B. l. 10. D. quod falso tut, 27. 6., ganz ähnlich wie sie einen wirklichen Procurator verus procurator, nicht aber procurator ipso jure, nennen. — Etwas Anderes ist die z. B. in l. 1. 2. Cod. de test. tutela. 5, 28. vorkommende Verbindung: tutor jure datus; auch recte datus. l. 2. cit. l. 6. eod.

[16]) Dernburg p. 317. — Quos autem praetor vocat ad hereditatem, hi heredes ipso quidem jure non fiunt, nam praetor heredes facere

bezeichnet wird. Heres ist eine civilrechtlicher Begriff; einen solchen aber kann der Prätor nicht bestimmen [17]).

Ebenso steht in l. 64. §. 1. D. de cond. et demonstr. 35, 1. [18]) ipso jure rescindi um zu bezeichnen, daß es nicht das prätorische Edict, sondern ein aus einer Quelle des jus civile, der interpretatio prudentium, fließender Satz sei, in dessen Folge die, einer letztwilligen Verfügung gesetzte, Bedingung an einem bestimmten Orte, z. B. zu Aricia, nicht zu heirathen als nicht geschrieben betrachtet werde, falls der Bedachten damit die einzige Aussicht auf Verehelichung abgeschnitten werden würde. Denn es giebt andererseits Bedingungen, welche das Civilrecht anerkennt, der Prätor dagegen remittirt, z. B. die conditio jurisjurandi [19]). Nach dem Civilrechte kann also der unter einer solchen Bedingung Bedachte nicht anders die Zuwendung erhalten, als nach Erfüllung der Bedingung; nam praetor heredes facere non potest. Bei der in l. 64. §. 1. cit. besprochenen Bedingung dagegen wird der Bedachte, ohne dieselbe zu erfüllen, auch nach Civilrecht, ipso jure, Erbe [20]).

---

non potest: per legem enim tantum vel similem juris constitutionem heredes fiunt, veluti per senatusconsultum et constitutionem principalem. sed quum eis quidem praetor dat bonorum possessionem, loco heredum constituuntur. vgl. §. 2. J. de bon. poss. 3, 9. und dazu Schrader ad v. heredes ipso jure non fiunt] i. e. veri et genuini heredes non fiunt.

[17]) Der Zusatz ipso jure ist jedoch deshalb nicht überflüssig, weil heres auch wohl vom prätorischen Erben gesagt wird, s. z. B. l. 20. pr. de bon. libert. 38, 2. (Julian.) l. 14. §. 1. de legat III. (Gajus.) Das heredes ipso jure würde daher wohl am passendsten wiedergegeben durch: eigentliche heredes.

[18]) Quod si ita scriptum esset: si Ariciae non nupserit: interesse, an fraus legi facta esset. nam si ea esset, quae aliubi nuptias non facile possit invenire: interpretandum, ipso jure rescindi, quod fraudandae legis gratia esset adscriptum: legem enim utilem reipublicae, sobolis scilicet procreandae caussa latam, adjuvandam interpretatione. — Dernburg p. 317. f. scheint Aricia für ein Frauenzimmer zu halten, mit dem die Ehe dem bedachten Manne untersagt werde. vgl. v. Vangerow. Lehrbuch. Bd. II. §. 434. Anm. 1. I. 3. a. E. p. 132. unten.

[19]) l. 8. pr. §§. 1—5. D. condit. inst. 28, 7. l. 29. §. 2. de test. milit. 29, 1. u. s. w.

[20]) s. v. Vangerow. Lehrbuch. Bd. II. §. 434. p. 133. sub. 4. — Der gleiche Gegensatz des ipso findet sich z. B. in §. 10. J. de act. 4, 6. und §. 1. J. de perpet. et temp. act. 4, 12. u. s. w. — Daß der Prätor seinerseits

Nur was l. 28. D. de nox. act. 9, 4. [21]) anlangt, hat Dernburg darin recht, daß ipso jure auf die den Noxalklagen eigenthümlichen Grundsätze hinweise, — jedoch auch nur zum Theil. Recht, insofern damit gesagt sein soll, daß entweder nach den ausdrücklichen Worten der die Noxalklagen einführenden Gesetze und Edicte oder nach deren anerkannter Interpretation der bonae fidei possessor des delinquirenden Sclaven dem Beschädigten hafte. Unrecht, insofern er annimmt, die angeführte Stelle denke nun jene Haftung des bonae fidei possessor als Gegensatz der Nichthaftung des Eigenthümers. Diesen Gegensatz angenommen, würde die von Africanus gegebene Entscheidung nicht schlüssig sein [22]). Es kömmt für unsern Fall gar nicht darauf an, ob die Noxalklage gegen den Eigenthümer angestellt werden könne oder nicht: genug, daß sie gegen den bonae fidei possessor angestellt werden kann, der gleichwohl schließlich den Schaden nicht tragen soll. Er würde das aber, und zwar mit Rechtsnothwendigkeit (necessitas ei imponatur), sagt der Jurist, falls der Eigenthümer ohne weiteres den zur noxa gegebenen Sclaven mittels der Vindication

---

in Gemäßheit seines Edictes auch nach Grundsätzen des Rechtes verfahre, freilich nicht nach denjenigen des jus civile; daß folglich, wenn nur von diesem gesagt wird: ipso jure — damit nicht gesagt sein kann: nach den allgemeinen Grundsätzen des Rechtes, oder nach den Grundsätzen des Rechtes schlechthin: das bedarf keines Beweises. vgl. Dernburg. c. l. p. 307 f.

[21]) Et generaliter, si alieni servi nomine, qui tibi justam servitutem serviret, noxali tecum egerim, tuque eum mihi noxae dederis: sive, me possidente, dominus eum vindicet, exceptione doli mali, nisi litis aestimationem offerat, eum summovere possum; sive ipse possideat, Publiciana mihi datur. et adversus excipientem, si dominus ejus sit, utilem mihi replicationem doli mali profuturam. et secundum haec, usu quoque me capturum, quamvis sciens alienum possideam. alioquin, si aliter constituatur, futurum, ut summa iniquitate bonae fidei possessor adficiatur: si, quum ipso jure noxalis actio adversus eum competit, necessitas ei imponatur, ut litis aestimationem sufferat. etc. — Dernburg, p. 318

[22]) Wie denn auch die Logik des „weshalb" bei Dernburg mir unverständlich, oder höchstens durch eine kühne Ellipse einigermaßen verständlich ist. „In demselben Sinne wird uns gesagt, daß die Noxalklage ipso jure, nach den ihr eigenthümlichen Rechtsgrundsätzen gegen den bonae fidei possessor, nicht aber gegen den Eigenthümer gerichtet sei; weshalb derjenige, welcher vom bonae fidei possessor einen Sclaven zur noxa erhielt, gegen die Vindication des Eigenthümers geschützt sei."

demjenigen abnehmen könnte, dem ihn der b. f. possessor übertragen hat, weil der letztere dann gegen den b. f. possessor Evictionsansprüche erheben würde, und dieser ihm mindestens den durch den Sclaven angerichteten Schaden ersetzen müste; oder aus Furcht vor einer etwaigen Eviction von vornherein statt zur noxae deditio, zur Zahlung des Schadens (der litisaestimatio) sich veranlast sähe. Und die hierin liegende Unbilligkeit würde um so größer sein, als die Noxalklage wirklich, vonrechtswegen, gegen den b. f. possessor geht. Anders nämlich läge die Sache, wenn der b. f. possessor als solcher vonrechtswegen nicht haftete, zufällig aber einmal auf eine derartige Klage verurtheilt worden wäre. Hier widerführe ihm allerdings eine Unbilde, aber nur infolge des verkehrten Urtheilsspruches, nicht infolge der bestehenden Rechtssätze selber. Ipso jure steht demnach in l. 28. cit. im logischen Gegensatze zu injuria tantum judicis.

In l. 3. D. de his, quae in testamento delentur. 28, 4. ferner [23]) heist das id jure ipso perimi quod inductum sit — wohl: es bedarf keiner exceptio vonseiten des Besitzers der Erbschaft, um die auf die vom Testator durchgestrichene Erbeinsetzung gestützte hereditatis petitio zurückzuschlagen [24]). Daß jure ipso nicht auch, wie Dernburg meint, auf caetera omnia valitura zu beziehen ist, lehrt die Wortstellung, nach welcher der Ausdruck nicht nur keine Betonung hat, sondern auch lediglich zu dem ihn einschließenden Satze gehören kann. Und was sollte in der That hier das Herausheben der Rechtsgrundsätze?

In l. 9. §. 1. D. de liberis et posth. 28, 2. [25]) steht das ipso jure um den Gegensatz einer rechtlichen Unstatthaftigkeit der Kindererzeugung zu einer blos natürlichen zu bezeichnen. Von einer solchen nämlich ist im pr. l. c. die Rede gewesen. Sie soll nicht hindern, daß ein Testament, in dem zuerzeugende Kin-

---

[23]) Dernburg citirt diese Stelle nicht, hat sie aber p. 318. offenbar vor Augen gehabt.

[24]) Dies scheint nicht herrschende Ansicht gewesen zu sein. vgl. l. 1. §. 3. h. t. l. 4. §. 10. D. de dol. mali exc. 44, 4. (Ulp.) l. 3. cit. ist von Marcellus, und dann heist es: nonnullos opinari etc.

[25]) Dernburg p. 318. — Sed si ex ea, quae alii nupta sit, posthumum quis heredem instituerit: ipso jure non valet, quod turpis sit institutio.

der eingesetzt sind, vollgültig errichtet werde, und folglich auch die Kraft habe ein früheres Testament zu rumpiren, während freilich die Erbeseinsetzung natürlich wirkungslos bleibt. Anders, heißt es nun, wenn posthumi eingesetzt sind, deren Erzeugung rechtlich unstatthaft ist. Hier soll schon die Einsetzung ungültig sein, und zwar weil sie dem Rechte widerstreitet, obwohl sie immerhin natürliche Bedeutung haben könnte [26]).

In l. 54. §. 1. D. de acq. rer. dom. 41, 1. [27]) steht das ipso jure zweifellos im gedachten Gegensatze zu naturaliter tantum obligari, was ein Sclav allein werden könnte. Also heißt auch hier ipso jure keineswegs schlechthin „nach den Bestimmungen des Rechtes", sondern civiliter.

Mit diesem Worte wird auch in l. 12. D. rem pup. salv. fore. 46, 6. das ipso jure ausgedrückt, welches vorkömmt in l. 2. D. de duob. reis. 45, 2. [28]) Dies bedeutet: nach, strengem, Civilrechte, abgesehen also von der etwaigen Vertheilung unter die mehreren Correalgläubiger; von der Einrede der Theilung, welche dem einzelnen Correalschuldner zurseitesteht; — m. a. W. die intentio wird auf jeden der mehreren Correalgläubiger wie auf jeden der mehreren Correalschuldner richtig in solidum gefaßt. Auch hier mithin hat das ipso jure eine viel bestimmtere Bedeutung, als das völlig bedeutungslose dernburgsche: nach den Grundsätzen der Correalobligation.

Was die l. 1. §. 1. D. de jure fisci 49, 14. anbetrifft, so scheint schon nach dem Bisherigen die von Dernburg vorgeschlagene Auffassung des ipso jure als „nach der Regel des Gesetzes"

---

[26]) Ich möchte übrigens fast glauben, daß in dem ipso jure noch ein besonderer Hinweis auf das Recht des römischen Volkes, jus civile in diesem Sinne, liege, das über die Möglichkeit einer ehelichen Zeugung entscheidet. vgl. den allgemeiner gefaßten §. 28. J. de legat. 2, 20. (jure nostro.)

[27]) Dernburg. p. 318. f. — Item promittendo nobis liber homo, qui bona fide nobis servit, ut emendo, vel vendendo, vel locando, vel conducendo, obligari ipso jure poterit.

[28]) l. 12. cit. — Caeterum fidejussores civiliter in solidum obligati, caeteris quidem agentibus, ut dividatur actio, impetrare possunt etc. — Die Lesart der l. 2. cit. ist sicher verdorben; es wird ungefähr heißen müssen: ipso jure et singulis in solidum debetur et singuli debent. — Dernburg. p. 319.

ein wenig bedenklich [29]). Vollends wird sie das durch ihren Inhalt. Erstlich. Wie hätte Labeo zu der Frage kommen sollen: ob der Fiscus nach der lex Julia auch auf insolvente Erbschaften ein Recht habe? Sie ist völlig müssig. Denn selbst die, von Dernburg dem Labeo zugeschriebene, Bejahung derselben würde keine praktischen Folgen gehabt haben. Vielmehr würde der Fiscus von seinem vermeintlichen Rechte in solchen Fällen eben keinen Gebrauch gemacht haben; und folglich wären insolvente Verlassenschaften nach wie vor herrenlos geblieben und in Gemäßheit des alten Edicts verkauft worden. Der Umstand aber, daß man es nöthig fand über die von Labeo erörterte Frage ein Edict zu erlassen, beweist, dieselbe sei von einiger praktischer Bedeutung gewesen. Ferner. Das edictum perpetuum, von welchem unsere Stelle spricht, muß jünger sein als Labeos Ansicht. Wo dies nicht schon die Worte der l. 1. §. 1. cit. unmittelbar darthun, so ergiebt sich doch aus dem angeführten Inhalte des Edictes, daß dasselbe jünger ist, als die lex Julia, welche überhaupt zuerst dem Fiscus ein Recht auf herrenlose Hinterlassenschaften ertheilt hat. Da indessen Labeo die in diesem Edicte enthaltene authentische Interpretation der lex Julia bei Aufstellung seiner Ansicht über deren fragliche Bestimmung nicht unberücksichtigt hätte lassen können, falls jenes Edict bereits veröffentlicht war: so erhellt daraus die Richtigkeit meiner Behauptung. Nach Dernburgs Ansicht hätte nun das Edict bestimmt, insolvente Hinterlassenschaften sollten dem Fiscus gar nicht deferirt werden. Dawider zeugt nicht allein die allgemeine Fassung von Ulpian. fragm. XXVIII. 7., sondern namentlich auch l. 5. Cod. de bon. vacant. 10, 10., woraus hervorzugehen scheint, es habe noch nach justinianeischem Rechte der Fiscus allerdings auch insolvente Erbschaften erwerben können [30]). War aber das Edict nicht des Inhalts, daß der Fiscus kein Recht auf insolvente Hinterlassenschaften habe: so kann dadurch auch nicht die Ansicht widerlegt worden sein, er

---

[29]) An bona, quae solvendo non sint, ipso jure ad fiscum pertineant, quaesitum est. Labeo scribit, etiam ea quae solvendo non sint, ipso jure ad fiscum pertinere. Sed contra sententiam ejus edictum perpetuum scriptum est, quod ita bona veneunt, si ex his fisco adquiri nihil possit. — Dernburg. p. 319. Note 1.

[30]) vgl. von Vangerow, Lehrbuch. Bd. II. §. 564. p. 678.

habe ein solches Recht. Folglich kann hierin die Ansicht des Labeo nicht bestanden haben, die in der That durch das Edict widerlegt worden sein soll. — Ganz richtig dagegen, glaube ich, giebt von Vangerow [31]) den Inhalt von Labeos Ansicht dahin an, daß der Fiscus alle bona vacantia von selbst, ohne weiteres, ipso jure in diesem Sinne, erwerbe. Es ist also auch in l. 1. §. 1. cit. ipso jure nicht gesetzt, um die Grundsätze des Rechtes zu bezeichnen.

Und ebensowenig in l. 11. Cod. de suis et legitim. 6, 55. [32]) Hier steht ipso jure vielmehr in dem bekannten Gegensatze zum prätorischen Rechte. Die fragliche Bestimmung gehört nämlich dem jus civile, nicht zunächst dem prätorischen Erbrechte an, auf dessen ordo unde legitimi sie natürlich dann auch ändernd einwirkte. Denn bis zu den Senatusconsulta Tertullianum und

---

31) c. l. p. 676. f. Die wider diesen von Dernburg vorgebrachten Gründe verfangen nichts. Zunächst der erste, daß das Edict über den Verkauf insolventer Erbschaften älter sei als die lex Julia. Das mag gern zugegeben werden. Nicht unwahrscheinlich dünkt mich, daß es ähnlichen Inhalts war wie Gaj. III. 78. — mortuorum bona veneunt velut eorum, quibus certum est neque heredes neque bonorum possessores neque ullum alium justum successorem exsistere. Vor der lex Julia ging die letzte Alternative, falls sie nicht gänzlich unausgesprochen blieb, natürlich nicht auf den Fiscus. Denken wir uns nun die hierhergehörigen Worte der lex Julia ungefähr: bona caduca ad fiscum pertinento. Eine solche Fassung zwingt keinesweges zu der von Labeo beliebten Auslegung. Damit widerlegt sich Dernburgs zweiter Einwurf, es sei schwer zu glauben, daß ein im Ganzen so vorsichtig abgefaßtes Gesetz wie die lex Julia, in einer Zeit, wo die Ausdrücke mit großer Sorgfalt gewählt wurden, und die juristische Kunst auf großer Höhe stand, eine Bestimmung getroffen hätte, wonach der Fiscus für alles überschuldete erblose Vermögen hätte eintreten und für alle Welt die Schulden übernehmen müssen. vgl. z. B. Ulp. fragm. XXVI. 5. 6. 7. 8. 9. etc. — Labeo jedoch war der Ansicht, nach jener Bestimmung trete Eine der negativen Voraussetzungen des Edicts schließlich immer ein, und so könnte das ganze Edict als bedeutungslos weggelassen werden. Allein die nachfolgenden Prätoren waren anderer Ansicht und nahmen das Edict, den Worten nach vielleicht unverändert, auf, verstanden es indeß so, daß der Fiscus gleichfalls, ja hauptsächlich unter den alii justi successores begriffen war. Die Worte der l. 1. §. 1. cit. scheinen zu dieser Auslegung ganz vortrefflich zu passen.

32) Si matre superstite filius vel filia, qui quaeve moritur, filios dereliquerit: omnimodo patri suo matrive suae ipso jure succedant: quod sine dubio et de pronepotibus observandum esse censemus. — Dernburg hat diese Stelle in sinnentstellender Verkürzung abdrucken lassen. p. 320. a. E. der Note 1. von p. 319.

Orphitianum und den sich daran schließenden Constitutionen, deren eine unsere l. 11. ist, war nach prätorischem Rechte bei der Beerbung des Vaters das Kind seiner väterlichen Großmutter nur vorgegangen, sofern es in dem ordo unde liberi zur bonorum possessio berufen wurde; bei der Beerbung der Mutter aber hatten die Kinder als Cognaten stets in einer Linie mit der, dem Grade nach gleich nahen, cognatischen mütterlichen Großmutter im ordo unde cognati geerbt. Und entferntere Descendenten waren durch die Mutter ihres verstorbenen Ascendenten im ordo unde cognati immer ausgeschlossen worden.

§. 7.

2. Dos impensis necessariis, peculium eo, quod filiusfamilias, vel servus, patri, vel domino, debet, ipso jure minuitur; lex Falcidia legata ipso jure minuit.

Nachdem ich nunmehr rücksichtlich einer jeden einzelnen von Dernburg angeführten Stelle den Nachweis glaube erbracht zu haben, ipso jure stehe in ihr einerseits nicht im Gegensatze zur erlaubten richterlichen Willkür, anderseits in irgend einer concreteren Bedeutung, als diejenige einer Berechtigung, der Anwendbarkeit eines Rechtssatzes überhaupt ist; so bleibt mir noch zu untersuchen, ob in den Redensarten: dos impensis necessariis, peculium eo, quod servus, vel filius, domino, vel patri, debet, ipso jure minuitur — das ipso jure auf die Grundsätze des Rechtes schlechthin verweise.

Zuerst das Peculium anlangend behaupte ich, daß das ipso jure darauf deute, wie nach der Interpretation der Römer der Begriff peculium dritten Personen gegenüber, denen der Gewalthaber entweder mit einer actio de peculio bis zum Betrage des Peculiums haftet, oder das Peculium infolge eines Legates herauszugeben verbunden ist, auf den Werthüberschuß sich beschränkt, den die Summe der einzelnen Peculienstücke nach Abzug aller Forderungen des Herrn oder Vaters an den Sclaven oder Sohn etwa noch ergiebt. Die praktische Bedeutung nun dieser Interpretation für die actio de peculio ist einfach die, daß der Gewalthaber keiner besondern exceptio bedarf jene Forderungen in

Absatz zu bringen, der Richter vielmehr durch den bloßen Formelausdruck: duntaxat de peculio dieselben zu berücksichtigen Vollmacht hat. — Betreffend das legatum peculii aber, das in den Quellen als eine Mehrheit von Vindicationslegaten der unter dem Ausdrucke Peculium zusammengefaßten Peculiensachen erscheint [1]), hat die angegebene Interpretation gerade des gewählten Ausdrucks die Bedeutung, daß das Eigenthum einer jeden einzelnen Peculiensache nicht ungetheilt, sondern nach Verhältniß des Gesammtabzuges um einen ideellen Theil, der beim onerirten Erben zurückbleibt, vermindert auf den Legatar übergeht. Davon ist die Folge, daß der letztere die formula petitoria nicht auf das ganze Eigenthum, sondern nur auf eine Quote des Eigenthumes einer Peculiensache stellen darf, falls er nicht einer pluspetitio sich schuldig machen will [2]). Es hat also der Erbe nicht nöthig, jenen Abzug erst vermittels einer exceptio zu erzwingen.

Und so sind wir in beiden Fällen zu dem Ergebnisse gelangt, daß ipso jure auch hier eben die Entbehrlichkeit einer exceptio bezeichne. — Es ist nun schon oben [3]) hervorgehoben worden, daß ipso jure überall, wo es im Gegensatze zu ope exceptionis steht, die materielle Bedeutung hat: etwas könne in Gemäßheit einer der richterlichen Beurtheilung unmittelbar oder, was hier noch hinzuzufügen ist, mittelbar unterliegenden Wortfassung vom Richter berücksichtiget werden, weil die in den gebrauchten Worten ausgedrückten Rechtsbegriffe eine gewisse Interpretation erleiden. Will man diesen Umstand auch so bezeichnen: ipso jure heiße hier „nach den Grundsätzen des Rechtes" —, so ist das nicht gerade unrichtig. Nur das ist dabei nicht zu vergessen, daß diese Rechtsgrundsätze keine in jeder Form zur Geltung kommende sind, sondern nur solche, welche gerade nach der gewählten Form Anwendung finden. Würde also z. B. ein Legat so gefaßt: „Ich

[1]) Hat man im Peculium jemals eine körperliche Sache erblickt? und deshalb in alter Zeit eine Vindication des Peculiums zugelassen? — vgl. Dernburg p. 127. — Oder folgt das beides schon daraus, daß bereits Pegasus über das Peculium respondirt hat, der natürlich den, noch nicht einmal von Ulpian gefaßten, Begriff nicht haben konnte, das Peculium sei eine universitas juris? — vgl. Dernburg p. 125. f. — Näher hierauf einzugehen ist hier nicht der Ort.

[2]) l. 6. pr. D. de pecul. leg. 33, 8. l. 8. §. 1. D. comm. div. 10, 3.

[3]) §. 4. a. Anf.

legire dem Lucius meinen Sclaven Stichus sammt demjenigen, was ich diesem Sclaven als ein abgesondertes Stück meines Vermögens zur Verwaltung überlassen habe" —: so könnte der Erbe die Forderungen des Erblassers an den legirten Sclaven überhaupt nicht vorabziehen [4]. In dem Ausdrucke peculium hingegen ist nach der römischen Definition dieser Abzug schon ohne weiteres berücksichtigt [5], und zwar so, daß der mit dem Inhalte des fraglichen Ausdruckes in Widerstreit gerathende Wille des Einzelnen, sollte er an sich noch so statthaft sein, völlig wirkungslos bleibt. Ist z. B. das Peculium non deducto aere alieno legirt: so kann der Legatar doch nur die nach verhältnißmäßigem Absatze des Schuldbetrages übrigbleibende Quote der einzelnen Peculiensachen vindiciren; denn in dem Beisatze liegt ein Widerspruch zu dem Hauptinhalte des Legates, der demnach jenem Beisatze die Bedeutung nimmt das ungeminderte Eigenthum auf den

---

4) arg. l. 2. pr. de dote praeleg. 33, 4. — vgl. Dernburg §. 12. a. E. p. 119.

5) l. 5. §. 4. D. de pecul. 15, 1. Peculium autem Tubero sic definit (ut Celsus lib. 6. Dig. refert), quod servus domini permissu separatum a rationibus dominicis habet, deducto inde, si quid domino debetur. — Dabei ist übrigens stets zu berücksichtigen, daß die praktische Bedeutung dieser Definition sich nur auf die besprochenen Verhältnisse des Gewalthabers zu dritten Personen bezieht. Gegenüber dem Sclaven selbst, dem Sohne selbst kommen die Schulden an den Gewalthaber für den Begriff und den Bestand des Peculiums gar nicht in Betracht, was sich namentlich bei der Frage als erheblich zeigen muß, ob eine aus dem Peculium von dem Sohne oder Sclaven veräußerte Sache, die Befugniß zur Veräußerung im allgemeinen vorausgesetzt, gültig sei. Und weiter ist es nichts, was Pomponius in l. 4. §. 5. de pecul. 15, 1. sagen will. Dernburg c. l. p. 120. paraphrasirt diese Stelle: „Das Peculium soll selbst durch Schulden an den Herrn seinem Begriffe nach gemindert werden, die einzelnen körperlichen Peculiarsachen sollen aber deshalb nicht aufhören zum Peculium zu gehören." Dabei geht die Klarheit der Auffassung völlig zugrunde. Denn peculium heißt etwas Anderes dritten, etwas Anderes dem Sohne oder dem Sclaven gegenüber. Nur mittels dieser Unterscheidung ist z. B. der Inhalt der l. 25. eod., gleichfalls von Pomponius, mit dem Inhalte der l. 40 §. 1. eod., von Marcian, zu vereinigen; Stellen, zwischen denen nach der Meinung der Verfasser gewiß ebensowenig als nach der Meinung der Compilatoren ein Widerspruch angenommen werden darf. Die erstere handelt nur von dem Peculium im Verhältnisse zwischen Gewalthaber und Sclaven, die andere hat das Peculium mit Rücksicht auf die actio de peculio im Auge.

Legatar zu übertragen. Ist dieser dagegen zufällig in den Besitz der Peculiensache gerathen, so kann er, gestützt auf ebenden Beisatz, mittels einer doli exceptio den seine Quote vindicirenden Erben zurückschlagen [6]).

Genau das Nämliche gilt von der andern Redensart: impensae necessariae dotem ipso minuunt. Was die römischen Juristen unter dos verstehen, hat Dernburg [7]), wie ich glaube, ganz richtig angegeben. Dos ist nach ihm der jeweilige Zuwachs zu dem Vermögen eines Ehemannes, der demselben vonseiten der Frau zur Mitbestreitung der Ehelasten zugekommen ist. Und bei dieser Auffassung ergiebt sich jener Satz von selbst. Denn, wenn der Mann eben des ihm Zugewandten halber nothwendige Ausgaben macht: so ist der durch die Zuwendung herbeigeführte Zuwachs seines Vermögens so viel geringer geworden.

Man sieht aber sofort, daß dies lediglich Wortinterpretation ist. Es scheint mir deshalb bedenklich zu sagen, ipso jure bedeute hier, daß die Dos durch die impensae necessariae nach den eigensten Bestimmungen des Rechtes verkleinert werde, — die Minderung der Dos trete nach den Grundsätzen des Rechts, der Consequenz des Rechtes selbst gemäß ein [8]). Man verliert mit solchen Erklärungen die unmittelbar praktische Bedeutung des Satzes aus den Augen, welche die römischen Juristen beständig festhalten. Dies zeigt sich z. B. gleich bei der Auslegung der l. 5. de pact. dot. 23, 4. — Et si convenerit, ne ob impensas necessarias ageretur, pactum non est servandum, quia tales impensae dotem ipso jure minuunt. Dernburg reicht hier gar nicht mit dem Satze aus, daß nach den Grundsätzen des römischen Rechtes selber die Dos kleiner werde; denn es wäre ja denkbar, daß jene Rechtsgrundsätze der abändernden Willkür freien Spielraum ließen. Er muß also eigenmächtig hinzufügen, daß die fraglichen Rechtsgrundsätze unanfechtbar seien. Fassen wir dagegen einmal die Bedeutung des Satzes formell. In der formula der actio rei uxoriae muß der Ausdruck dos oder, was am Ende dasselbe ist, der Ausdruck res uxoria vorgekommen sein; dafür spricht der Name der Klage in Verbindung mit dem Umstande, daß, mit Ausnahme

---

6) l. 6. §. 1. D. de pecul. leg. 33, 8. s. auch Note 9.

7) §. 12. p. 116.

8) Dernburg. p. 118. f.

der erst in späterer Zeit gebildeten actiones praescriptis verbis, alle actiones in personam incertae in jus conceptae, wie deren die actio rei uxoriae eine ist, eine demonstratio haben, worin mit einem technischen Ausdrucke, von dem die Klage den Namen bekömmt, das klagbar gemachte Rechtsverhältniß benannt ist. Denn welcher, etwas Anderes bedeutende, Ausdruck könnte bei unserer Klage vorgekommen sein? Wir dürfen also die demonstratio der actio rei uxoriae etwa so annehmen: Quod apud N^m^ N^m^, A^ae^ A^ae^ maritum, pro ea dos est etc. Weil nun der Richter bei der Dotalklage dies zu untersuchen angewiesen wird: so muß er nothwendig die vom Manne gemachten impensae necessariae von dem seitens der Frau Eingebrachten sammt den, das Dotalcapital vermehrenden, Accessionen desselben absetzen, weil gerade nur der hiernach sich ergebende Rest dos heißt. Die Bedeutung dieses Namens kann durch Privatübereinkunft nicht geändert werden [9]); folglich ist eine Abrede des gegebenen Inhalts bedeutungslos. Gleicherweise ist sie bedeutungslos, wenn die Rückgabe der dos stipulirt ist. Denn auch in der daraus entspringenden actio ex stipulatu würde die demonstratio vorkommen: Quod A^a^ A^a^ a N^o^ N^o^ dotem suam stipulata est. — Sobald die Klage hingegen derart gefaßt werden kann, daß die Wörter: dos, res uxoria oder gleichbedeutende nicht darin vorkommen, so steht kein rechtliches Hinderniß im Wege, weshalb der Mann oder dessen Erben zur Herausgabe des Eingebrachten ohne Abzug auch der impensae necessariae nicht sollten verpflichtet werden können. Wenn z. B. die Frau, die ein Landgut in dotem giebt, stipulirt: Spondesne fundum Cornelianum soluto matrimonio mihi reddi? so würde die desfallsige Klage lauten: Si paret N^m^ N^m^ A^ae^ A^ae^ fundum Cornelianum dare oportere etc., und es würde dabei vom Abzuge der auf diesen fundus verwandten nothwendigen Ausgaben ohnehin keine Rede sein. Oder wenn der Mann seiner Frau legirt: tanta quantitas dotis, quam accepi: so hat der beschwerte Erbe nicht das Recht die impensae necessariae abzusetzen [10]). Darin liegt aber der directe Beweis dafür, daß es keineswegs „unanfechtbare" Bestimmungen sind, welche dem Manne oder dessen Erben die Erstattung nothwendiger Ausgaben für die

---

9) l. 4. pr. D. de legat. I. Rerum enim vocabula immutabilia sunt.
10) l. 2. pr. D. de dote praeleg. 33, 4.

Dotalsachen zusichern. Das ipso jure folgt hier lediglich aus der Interpretation des Wortes dos.

Besonders deutlich wird dies durch die Vergleichung der retentio propter impensas necessarias mit der retentio wegen anderer Ausgaben. Bei der Dotalklage bedarf es auch behufs der letztern keiner besondern exceptio für den Mann: actio ipso jure minuitur [11]. Allein hier folgt dies aus den Worten der intentio „aequius melius." Ist nun zwischen den Parteien die Abrede getroffen, daß andere als necessariae impensae nicht sollten erstattet werden: so hört es infolge der Abrede auf aequius melius zu sein, daß der Mann deren Erstattung verlange. Denn der Begriff der aequitas steht der Wirksamkeit derartiger Abreden nicht im geringsten entgegen. — Und ebenso hat der Erbe, dem das Legat der Dos auferlegt ist, die utiles impensae abzuziehen nicht das Recht. Weder ipso jure, denn die Klage lautet etwa so: Quod A^ae^ A^ae^ a N^o^ N^o^ dos sua legata est, quicquid ob eam rem N^m^ N^m^ A^ae^ A^ae^ dare facere oportet, und das dare facere oportere N^m^ N^m^ ist jener Impensen halber nicht vermindert. Noch auch ope exceptionis, denn hier steht der Wille des Testators entgegen, welcher seiner Witwe die ganze Dos zugewandt wissen will. Von aequius melius ist hier gar keine Rede [12].

Schließlich soll noch der Redensart gedacht werden: lex Falcidia ipso jure legata minuit [13]. Der Ausdruck könnte nach Analogie der vorigen glauben machen, aus dem Inhalte des Wortes legatum, legare folge jene Verminderung [14]; allein, da dieses Wort weder im Testamente, noch in der Klagformel vorzukommen braucht, und der Satz nichtsdestoweniger zur Anwen-

---

[11]) Diesen Unterschied hat auch Dernburg p. 114. richtig bemerkt.

[12]) l. 4. D. de dote praeleg. 33, 4. — Dote relegata, non est heres audiendus, si velit ob donationes in mulierem factas solutionem differre vel ob impensas alias, quam quae ipso jure dotem minuunt. aliud est enim minorem esse factam dotem, quod per necessarias impensas accidit: aliud, pignoris nomine retineri dotem ob ea, quae mulierem praestare aequum est. Die Stellung der Wörter dotem minuunt und aequum est am Ende der Sätze zeigt, daß auf ihnen der Nachdruck liegt. Man sieht, das Ganze ist eigentlich nur Interpretationsfrage.

[13]) l. 73. §. 5. D. ad leg. Falcid. 35, 2. l. 1. §. 5. D. quod legator. 43, 3.

[14]) vgl. Dernburg p. 109. oben und Note 1.

dung kömmt: so ergiebt sich, daß man unter legatum hier nur den materiellen Inhalt einer Zuwendung durch Legat zu verstehen hat. Weil aber der Inhalt des von dem Testator dem Honorirten wirklich Zugedachten eine einfürallemal unveränderlich gegebene Größe ist: so leuchtet es von selber ein, wie jene Minderung den Betrag der Zuwendung nur insofern treffen kann, als dieselbe geltendgemacht, namentlich gerichtlich geltendgemacht werden soll. Und da bin ich nun der Ansicht, das ipso jure bezeichne, wie der Legatar in Gemäßheit unmittelbar wirkender Rechtsvorschrift nicht mehr beanspruchen dürfe, als nach Abzug der Quart vonseiten des Erben für ihn übrig bleibt. Entspringt also aus dem Legate eine Forderung gegen den Erben, so ist dessen dare oportere oder dare facere oportere durch die unmittelbar wirkende Rechtsvorschrift soviel geringer geworden; geht das Eigenthum oder ein theilbares jus in re infolge des Legates auf den Legatar über, so ist eine nach dem Verhältnisse des Gesammtabzuges an den Legaten bestimmte Quote des legirten Rechtes beim onerirten Erben infolge unmittelbar wirkender Rechtsvorschrift zurückgeblieben [15]. Es bedarf mithin für diesen weder gegenüber der actio ex testamento noch gegenüber der vindicatio des Legatars einer exceptio um sich die ihm gebührende Quart zu sichern. Auch hier ist folglich die praktische Bedeutung des ipso jure am Ende keine andere, als diejenige, welche es so oft hat, nämlich: es ist eine exceptio nicht nöthig; der judex privatus hat den Einfluß der lex Falcidia auf das Legat einfach in Gemäßheit der ihm ertheilten formula zu berücksichtigen.

Hiergegen ließe sich jedoch mit einem Scheine der Wahrheit einwenden, daß in mehreren Stellen ausdrücklich gesagt ist, die quarta Falcidia werde mittels einer doli exceptio in Abzug gebracht [16].

---

[15]) l. 8. §. 1. D. comm. div. 10, 3. l. 76. §. 1. de R. V. 6, 1. — Da diese Stellen nicht dem leisesten Verdachte einer Interpolation Raum geben, so widerlegt sich damit wohl die Ansicht, die Cujacius z. B. Recitat. ad libr. IV. prior. Cod. Justin. ad Tit. 31. libri IV. aufstellt, erst infolge der l. ult. Cod. h. t. von Justinian geschehe der Abzug der Quarta Falcidia ipso jure; bis dahin sei er ope exceptionis geschehen.

[16]) l. 23. D. ad leg. Falcid. 35, 2. l. 80. §. 1. — l. 16. pr. l. 88. §. 1. eod.

l. 14. §. 1. eod. dagegen, welche Puchta Pandekten. §. 547. Note a. und Arndts Lehrb. 562. Note c. hierfür aufführen, und welcher sich l. 15. §. 1.

Allein die in jenen Stellen besprochenen Fälle sind ganz eigener Art und zwar sämmtlich so beschaffen, daß eine Minderung der Legate ebensowenig durch unmittelbar wirkende Rechtsvorschrift in abstracto denkbar, als ein Abzug nach dem Rechte der lex Falcidia ohne exceptio zu verwirklichen ist.

Die beiden ersten Stellen, l. 23. und l. 80. §. 1. ad leg. Falcid. 35, 2. [17]), behandeln das dem Erben durch die lex Falcidia gegebene Recht gegenüber untheilbaren Legaten. Das Legat einer untheilbaren Servitut, oder das Legat, wodurch dem Legatar die Leistung einer Handlung zugesichert wird, kann nur entweder ganz oder gar nicht erfüllt werden. Das erstere wäre indeß unbillig gegen den überschwerten Onerirten, das andere gegen den Honorirten. Wie hilft man nun? Der Honorirte hat den Anspruch auf das ganze Legat, jedoch nur unter der Voraussetzung, daß er dem Erben so viel an baarem Gelde auszahlt, als die Aestimation des ihn infolge der lex Falcidia treffenden Abzuges betragen müßte. Und diese Zahlung erzwingt der vom Legatar seis mit der actio ex testamento, seis mit der confessoria actio belangte Erbe kraft einer exceptio doli. Der Erfolg derselben, wenn sich der Legatar der Auszahlung weigert, ist nicht etwa eine nur theilweise, sondern eine gänzliche Abweisung.

Dernburgs Ansicht [18]) über die Bedeutung des ipso jure hat

D. wie l. 10. Cod. eod. 6, 50. u. a. an die Seite stellen ließen, beweiset meines Erachtens in dem Ausdrucke: retentio für den Abzug der Quart mittels einer exceptio im eigentlichen, formellen Sinne gar nichts.

[17]) l. 23. cit. Si fundus mihi legetur et via: in Falcidiae ratione, si tantum sit in via quantum amplius est in Falcidia, integer fundus capietur, et via perit. Sed si via legetur, nec solvendo sit hereditas: non debebitur. Videndum etiam, si fundo et via legato minus ex utroque desideret, quam sit viae pretium? Potest coacta ratione dici, non tantum fundum solidum capi, sed etiam ut doli exceptio tantum sarciat, quantum deest: ne plus habeat, quam Falcidia desiderat, ut tunc solum via intercidat, quotiens plus Falcidia desiderat, quam est viae pretium. Im letzten Falle nämlich bleibt eine Quote vom Eigenthume des fundus beim Erben: folglich kann keine Servitut für diesen fundus an einem andern im ausschließlichen Eigenthume des Erben stehenden fundus erworben werden. l. 6. §. 3. comm. praed. 8, 4. — l. 5. §. 1. D. de doli m. exc. 44. 4. — l. 80. §. 1. s. unten Note 20. — vgl. l. 76. pr. D. de legat. II. — (exemplo scilicet legis Falcidiae.)

[18]) p. 109.

hier allerdings den Umstand für sich, daß nach ihr sich auch in diesem Falle der, freilich ganz allgemein ausgesprochene, Satz, behaupten ließe: lex Falcidia legata ipso jure minuit. Allein das Unwahrscheinliche meiner Behauptung, daß bei untheilbaren Legaten jener, in der That hier nicht ausgesprochene, Satz keine Anwendung findet, verschwindet bei der Analogie, die der, ebenfalls ganz allgemein ausgesprochene, Satz: nomina per legem XII. tabularum inter heredes ipso jure divisa sunt — darbietet. Dieser, dem unsrigen nach meiner Auffassung sinnverwandte, Satz, in welchem das ipso jure wie in dem unsrigen die unmittelbar wirkende Rechtsvorschrift bezeichnet, erleidet nämlich bei untheilbaren Obligationen eine nothwendige Ausnahme [19]). Der materielle Erfolg jener Regel wird dabei nur auf Umwegen, mittels der freiwilligen oder gerichtlichen Auseinandersetzung der Erben, erreicht. Aehnlich wird auch in unserm Falle der materielle Erfolg, den die lex Falcidia beabsichtigt, keinesweges aufgegeben, sondern durch Vermittlung der doli exceptio erreicht. Weil aber diese doli exceptio nach der ganzen Fassung der Stellen als etwas Besonderes, Ausnahmsweises behandelt wird [20]): so dürfte gerade hierin die Bestätigung liegen, daß regelmäßig die quarta Falcidia ohne exceptio in Abzug gebracht wird; — und nun sehe ich in der That kein Hinderniß eben dies als praktisches Ergebniß in jenem Satz ausgesprochen zu finden: lex Falcidia legata ipso jure minuit.

Die dritte der Stellen, nach welcher das Recht der lex Falcidia auch ope exceptionis geltendgemacht werden kann, ist l. 16. pr. h. t. [21]). Der darin behandelte Fall ist dieser. Der Erbe schul-

[19]) l. 25. §. 9. D. fam. ercisc. 10, 2. — talis stipulatio per legem XII. tabularum non dividitur, quia nec potest. — Liegt es nicht sehr nahe zu sagen: Tale legatum per legem Falcidiam non dividitur, non minuitur, quia nec potest? — s. oben §. 6. Note 9.

[20]) l. 80. §. 1. cit. Haec itaque legata, quae dividuitatem non recipiunt, tota ad legatarium pertinent. Sed potest heredi hoc remedio succurri, ut, aestimatione facta legati, denunciet legatario, ut partem aestimationis inferat; si non inferat, utatur adversus eum exceptione doli mali. l. 23. cit. s. oben Note 17.

[21]) Si ex pluribus rebus legatis heres quasdam solverit, ex reliquis Falcidiam plenam per doli exceptionem retinere potest etiam pro his, quae jam data sunt. s. auch §. 1. Sed et si una res sit legata, cujus pars soluta sit, ex reliquo potest plena Falcidia retineri.

det Einem und demselben Legatare — was zwar nicht ausgedrückt ist, sich aber von selbst und namentlich nach §. 1. ergiebt — mehrere Sachen aus dem Testamente, deren jede, weil die Quart nicht unbeschwert geblieben ist, als einzelnes Legat dem verhältnißmäßigen Abzuge unterliegt. Dieser Abzug nun geschieht nach der Regel ipso jure, d. h. falls per vindicationem legirt war, ist eine verhältnißmäßige Quote des Eigenthums an jeder Sache beim Erben zurückgeblieben; falls per damnationem legirt war, hat sich das dare oder dare facere oportere des Erben um einen entsprechenden Theil vermindert. Allein der Erbe hat in der That bei der Auszahlung einiger jener Legate keinen Gebrauch von dem Rechte gemacht, das ihm in beschriebener Weise durch die lex Falcidia erworben ist. Er hat, wo das Eigenthum nur quotenweis dem Legatare zugefallen war, demselben das ganze Eigenthum übertragen; wo er zu einer nur theilweisen Leistung angehalten werden konnte, das ganze ursprünglich Zugewandte geleistet. Macht er daher bei den noch in seinen Händen befindlichen Legaten selbst den völligsten Gebrauch von jener ipso jure eingetretenen Schmälerung seiner Verbindlichkeiten: so wird er dadurch allein niemals seine volle Quart herausbekommen. Factisch dagegen ist er noch in der Lage gerade diesem Legatare gegenüber durch Zurückbehalten der noch nicht ausgezahlten Legate das anfangs zuviel Geleistete seis völlig, seis zum Theil zu decken. Und diese factische Möglichkeit soll ihm wirklich die Befugniß gewähren den durch die lex Falcidia beabsichtigten Erfolg zu erreichen. Da aber die Klagen des Legatars auf Leistung der noch rückständigen Legate, soweit dieselben nicht von vornherein ipso jure gemindert waren, an sich durchaus begründet sind, und jene factische Möglichkeit, durch nichts als die natürliche Billigkeit unterstützt, bei strengen Klagen vom Richter nicht aus eigener Machtvollkommenheit berücksichtigt werden darf: so kann dieselbe lediglich mittels einer doli exceptio verwirklicht werden.

Dasselbe zeigt sich bei etwas veränderter Voraussetzung im §. 1. Hier ist als Gegenstand des Legates Eine körperlich theilbare Sache zu denken, besonders ein Grundstück. Infolge der lex Falcidia hat der Erbe Anspruch nicht sowohl ein körperliches Stück desselben, als vielmehr eine ideelle Quote des Eigenthums daran nichtzuleisten. Aber er hat diese nichtzuleistende Quote an einem reellen Stücke des fraglichen Grundstückes bereits dem

Legatare übertragen. Dadurch ist nun keineswegs weder, wenn wir ein Vindicationslegat annehmen, seine Eigenthumsquote an dem noch zurückbehaltenen körperlichen Stücke größer, noch, wenn wir ein Damnationslegat annehmen, seine Verbindlichkeit zu fernerer Leistung kleiner geworden. Der Richter wird also stets urtheilen müssen z. B. dimidiam partem fundi (pro indiviso) legatarii esse, oder heredem dimidiam partem fundi dare oportere. Die natürliche Billigkeit jedoch spricht dafür, daß der Erbe jetzt um so viel weniger leiste, als er vorher zuviel geleistet hat; und diese kann bei Klagen, wie die hier in Betracht kommenden sind, nur mittels einer doli exceptio Berücksichtigung finden.

Auch in diesen Fällen, dünkt mich, bestätigt höchstens der Charakter der Ausnahme, den dieselben tragen, meine Auffassung der Regel: lex Falcidia legata ipso jure minuit.

Es bleibt sonach nur l. 88. §. 1. h. t. zu erklären übrig [22]). Wäre als Bedingung des einen Legates nicht hingestellt: si legi Falcidiae in testamento locus non erit, so würde sich ganz einfach jeder Legatar einen verhältnißmäßigen, vom Erben ipso jure geltendzumachenden, Abzug gefallen lassen müssen. Durch jene Bedingung hat indessen der Testator seinen Willen ausgedrückt, daß die übrigen Legate des einen wegen nicht geschmälert werden sollen. Diese werden also jedenfalls voll geschuldet und müssen voll ausgezahlt werden. Hätte sich der Testator nun so gefaßt: Was nach unverkürzter Auszahlung jener Legate ohne das Recht der falcidischen Quart zu verletzen vom Erben bis zu einer bestimmten Summe hin noch verlangt werden kann, soll N. N. als

---

[22]) l. 88. D. ad leg. Falcid. 35, 2. (African.) Qui quadringenta habebat, trecenta legavit: deinde fundum tibi dignum centum aureis sub hac conditione legavit, si legi Falcidiae in testamento suo locus non esset. Quaeritur, quid juris est? Dixi *τῶν ἀπόρων*, i. e. ex perplexis, hanc quaestionem esse, qui tractatus apud dialecticos *τοῦ ψευδομένου*, i. e. frustratorii cavillatoriique dicitur. Etenim quidquid constituerimus verum esse, falsum reperietur; namque si legatum tibi datum valere dicamus, legi Falcidiae locus erit ideoque, deficiente conditione, non debebitur. rursus si, quia conditio deficiat, legatum valiturum non sit: legi Falcidiae locus non erit: porro, si legi locus non sit, exsistente conditione, legatum tibi debebitur. quum autem voluntatem testatoris eam fuisse appareat, ut propter tuum legatum, caeterorum legata minui nollet: magis est, ut statuere debeamus tui legati conditionem defecisse. §. 1. Quid ergo dice-

Legat erhalten, — so wäre keine Schwierigkeit. Daß dies Endergebniß wirklich in seinem Willen gelegen hat, scheint um so gewisser, als es klar ist: er habe einerseits den Erben nicht überschweren, anderseits dem Legatare ohne die übrigen deshalb zu verkürzen bis zu einem bestimmten Betrage eine Zuwendung machen wollen. Bäte sich aber in dieser Erwägung der Legatar eine actio certi ex testamento auf soviel aus, als er nach dem Rechte der lex Falcidia erhalten könnte: so würde der Richter, gestützt auf die vom Kläger selbst anerkannte Statthaftigkeit der lex Falcidia, wegen Deficienz der Bedingung die Klage abweisen. Ließe sich dagegen der Legatar die actio certi auf die ganze Summe des ihm Zugewandten geben, so würde der Richter ihn, abgesehen von der Bedingung, in Gemäßheit der lex Falcidia schon wegen der pluspetitio abweisen. Forderte endlich der Legatar eine actio incerti, aus deren Formel über die Statthaftigkeit der lex Falcidia nichts zu schließen ist, so stünde es in dem für den Kläger günstigsten Falle in dem Urtheile des Richters, ob er die Bedingung als erfüllt oder als hinfällig betrachten wollte. Während man danach aber mit überwiegendster Wahrscheinlichkeit eine gänzliche Abweisung des Klägers zu erwarten hätte; würde im entgegengesetzten Falle eine Verletzung des Erben zu befürchten stehen: da die gestellte Bedingung nur ganz vereitelt, oder ganz erfüllt sein kann. Es scheint als hätte die Abhülfe, durch eine formula in factum concepta am nächsten liegen müssen, etwa so: Si paret Gajum (defunctum) A° A° CC. a N° N° legasse, quantum A° A° per legem Falcidiam capere licet, tantam pecuniam N^m N^m A° A° condemna pp. Allein, nach dieser Anweisung würde der Richter die Quart nach gewöhnlicher Weise gegenüber sämmtlichen Legataren haben berechnen müssen, und Aulus Agerius würde im vorliegenden Falle nicht, wie er sollte, 100., sondern 150. erhalten. Mir scheint es nach allem dem am angemessensten anzunehmen, daß der Prätor über die Frage nach der Er-

---

mus, si ducenta legavit, et tibi similiter sub eadem conditione ducenta legata esse proponantur? nam aut exstitisse, aut defecisse legati tui conditionem, ut aut totum, aut nihil tibi debeatur, et iniquum et contra voluntatem testatoris existimabitur: rursus partem deberi, ratione non congruit, quando necesse est, totius legati conditionem vel exstitisse vel defecisse. Ergo per exceptionem doli tota ea res temperanda erit. — s. auch Dernburg. §. 22. p. 226. f.

füllung der Bedingung mittels einer Fiction hinwegging, die Größe der Verpflichtung des Erben nach Maßgabe der lex Falcidia zu regeln nunmehr jedoch dem Richter freie Hand ließ, indem er die doli exceptio in die Formel rückte, welche etwa so gelautet haben mag: Si legi Falcidiae in testamento Gaji locus non esset, tum si pareret N^{m} N^{m} A^{o} A^{o} ex illo testamento CC. dare oportere, si in ea re nihil dolo malo A$^{i.}$ A$^{i.}$ fiat, judex N^{m} N^{m} A^{o} A^{o} CC. condemna [23]).

Das augenfällig höchst Ausnahmsweise auch dieses Falles ist, dünkt mich, abermals wo nicht geeignet die dadurch gebrochene Regel: lex Falcidia legata ipso jure, i. e. sine exceptione formulae inserta, minuit, schlagend zu bestätigen, doch keineswegs sie falsch erscheinen zu lassen tüchtig.

Dann mag noch der l. 15. pr. eod. erwähnt werden [24]). Hier ist die Rede von einem Falle, worin mortis caussa einem Schuldner seine Schuld durch pactum de non petendo erlassen ist. Diese Schenkung unterliegt indeß dem Abzuge der Quart; und deren Geltendmachung geschieht so, daß wider die, der ursprünglichen Forderungsklage vom Donatar entgegengesetzte, exceptio pacti eine replicatio in factum concepta, etwa: aut si in ea re nihil contra legem Falcidiam fiat — vorgeschützt wird. Ganz natürlich. Denn in pactis factum versatur, und ein Factum kann durch eine, noch so unmittelbar wirkende, Rechtsvorschrift nicht umgestoßen werden: folglich bedarf es der Replik [25]). — So scheint selbst diese Stelle für unsere Regel zu sprechen, insofern sie etwas Besonderes behandelt.

Ein positiver Beweis schließlich, daß der Abzug der Quart bei allen Arten von Legaten sine exceptione formulae inserta geltendgemacht ist, liegt, abgesehen von den bereits oben [26]) angeführten, Vindicationslegate betreffenden, Stellen in §. 33. J. de act. 4, 6. — Si quis agens in intentione sua plus complexus

---

[23]) Ueber den Einwand, daß infolge einer exceptio doli die Klage nur abgewiesen, nicht aber die Condemnation gemindert werden könne, s. Dernburg c. l. §. 22. p. 218 ff. und unten §. 12.

[24]) Quod bonis jure Falcidiae contribuendum est a debitore, cui mortis caussa pacto debitum remissum est, in factum concepta replicatione retinebitur.

[25]) s. l. 27. §. 1. D. de pact. 2, 14.

[26]) s. Note 15.

fuerit, quam ad eum pertineret, caussa cadebat, i. e. rem amittebat, nec facile in integrum a praetore restituebatur, nisi minor erat viginti quinque annis. huic enim sicut in aliis caussis caussa cognita succurrebatur, si lapsus juventute fuerat, ita et in hac caussa succurri solitum erat. sane, si tam magna caussa justi erroris interveniebat, ut etiam constantissimus quisque labi posset, etiam majori viginti quinque annis succurrebatur: veluti si quis totum legatum petierit, post deinde prolati fuerint codicilli, quibus aut pars legati adempta sit, aut quibus aliis legata data sint, quae efficiebant, ut *pluspetisse* videretur petitor quam dodrantem, atque ideo lege Falcidia legata minuebantur. und in Paull. Rec. Sent. III. 8, §. 2. Quoties de modo quartae retinendae quaeritur, propter periculum *plus petendi*, officio judicis omnibus aestimatis, quarta facienda, quae apud heredem remaneat: aut certe exigenda cautio a legatario, ut, quod plus dodrante percepit, restituat.

Eine pluspetitio im römischen Sinne ist nur möglich, wenn man zu viel intendirt hat, nicht aber dann, wenn bei richtiger intentio die Abweisung infolge einer exceptio geschieht: plus petere und plus intendere ist genau dasselbe [27]). Folglich muß infolge der lex Falcidia die intentio, also bei obligatorischen Legaten auf ein certum das dare oportere vermindert worden sein. Bei Legaten auf ein incertum tritt eine solche Verminderung in der Formel freilich ebensowenig hervor, als eine pluspetitio möglich ist; allein, da die Quellen in der Wirkung der lex Falcidia zwischen Legaten auf ein certum und solchen auf ein incertum nicht unterscheiden, auch in der That kein Grund einer solchen Unterscheidung erfindlich ist: so darf unbedenklichst angenommen werden, daß der judex privatus auch bei den letztern ohne jegliche exceptio den Abzug der Quart zu berücksichtigen befugt gewesen sei. —

Was Dernburg zur Unterstützung seiner Auffassung des

[27]) Gaj. IV. 54. Illud satis apparet, in incertis formulis plus peti non posse, quia, quum certa quantitas non petatur, sed quidquid adversarium dare facere oporteat intendatur, nemo potest plus intendere.

Satzes: lex Falcidia ipso jure legata minuit beibringt [28]), wonach ipso jure „die Bestimmungen des Rechtes" bedeuten und auf „das Recht des Abzugs, der Retention" hinweisen soll, welches dem Erben zusteht, beweiset hierfür weniger als nichts. Die einzige Stelle nämlich, in welcher die Unzulässigkeit eines Verbotes vonseiten des Testators die Quart abzuziehen darauf gestützt wird, daß jener Abzug infolge einer gesetzlichen Vorschrift geschehe [29]), sagt nicht etwa: ipso jure retentionem habituram (sc. sororem heredem) — sondern publico jure. Das heist aber geradezu, die lex Falcidia ist keinesweges lediglich und hauptsächlich im Interesse des Erben, vielmehr bekanntermaßen im öffentlichen Interesse gegeben. Denn da der Staat seine Erbschaftssteuer nur von Testamentserben zog, so muste ihm natürlich daran liegen, daß nicht die zu Erben eingesetzten Personen in der Erwägung, sie würden keinen Vortheil aus der Erbschaft ziehen, dieselbe ausschlügen. Wäre der Abzug dagegen lediglich im Interesse des Erben geschehen, so wäre gar nicht abzusehen, weshalb er diesem nicht hätte untersagt werden können. Und so erscheint Justinians spätere Bestimmung, daß das Verbot des Abzugs allerdings statthaft sei [30]), nur als eine sachgemäße Folge von dem Wegfallen der ebendies Verbot unstatthaft machenden vicesima [31]). Der Ausdruck jus publicum spricht mithin vielmehr gegen, als für Dernburgs Auffassung betreffend „das Recht des Erben auf den Abzug." Aber publico jure und ipso jure ist in der That auch zweierlei. —

---

[28]) p. 109. Note 1. — Dernburg scheint selber nicht klar gewust zu haben, wie er ipso jure hier erklären sollte. vgl. §. 22. p. 225. sub V. Deshalb fehlt auch das ipso jure lex Falcidia legata minuit bei der Aufzählung in §. 32. p. 319. — s. auch §. 35. p. 344. f.

[29]) l. 15. §. 1. ad leg. Falcid. 35, 2. Frater, quum heredem sororem scriberet, alium ab ea, cui donatum volebat, stipulari curavit, ne Falcidia uteretur, et ut certam pecuniam, si contra fecisset, praestaret. privatorum cautione legibus non esse refragrandum constitit: et ideo sororem jure publico retentionem habituram, et actionem ex stipulatu denegandam.

[30]) Nov. 1. c. 2. §. 2.

[31]) s. z. B. Rudorff zu Puchtas Instit. Bd. 3. §. 322. Note 000. (2. Aufl. 1851.); Arndts Pandekten §. 180. Anm. 2.; auch Schulting ad Paulli S. R. IV. 6. Note 1. — Schon in Justinians Pandekten hat freilich das „publico jure" die ursprüngliche Bedeutung verloren und bezeichnet hier nur noch ein jus cogens schlechthin.

Damit, glaube ich, habe ich nachgewiesen, daß auch in den Redensarten von der Dos, dem Peculium, der lex Falcidia das ipso jure von weit concreterer Bedeutung ist, als Dernburg behauptet; insbesondere, daß diese Bedeutung darin besteht, die Entbehrlichkeit der exceptio bei den desfallsigen Klagen zu bezeichnen [32]).

Und nunmehr gehe ich über zur Betrachtung der dernburgschen Auffassung unseres Satzes selber: ipso jure compensatur.

§. 8.

3. Ipso jure compensatur.

a. bei actiones bonae fidei.

Wenn es wahr ist, daß ipso jure compensatur heißt: „die Parteien haben ein Recht auf die Compensation, oder die Compensation geschehe nach Rechtsgrundsätzen, nicht nach richterlicher Gunst;" — so ist es, nach dem Vorhergehenden, ebenso wahr, daß alsdann in dieser Redensart das ipso jure einen ganz besondern Sinn habe. Es wird also auch eines ganz besondern Nachweises bedürfen, daß es denselben wirklich hat.

Ja, zunächst nur einmal, daß es denselben haben **kann**. Dernburg sucht diesen Nachweis mit inneren Gründen in folgender Art zu führen [1]).

Ursprünglich habe es bei keiner Art von Klagen die Compensation gegeben. Indessen sei dieselbe bei bonae fidei judicia schon früh, bereits zu den Zeiten des Q. Mucius Scaevola, zuzulassen begonnen, anfangs freilich nur, wo es dem Richter passend erschienen sei. Gajus jedoch habe schon die Ansicht geäußert, daß bei solchen Klagen dem Beklagten ein Recht auf die Compensation zustehe [2]). Etwas später sei die gleiche Entwickelung in judicia stricti juris erfolgt. Anfangs sei nur in ganz eigenthümlich gearteten Fällen eine Compensation gestattet worden,

---

[32]) Die sonst noch „zuhäufenden Beispiele" der behaupteten Anwendung des ipso jure mögen einstweilen auf sich beruhen. — vgl. Dernburg §. 32. p. 319.

[1]) §. 32. p. 310—315. vgl. §§. 9. 10. p. 85. ff. §. 18. p. 179. ff.

[2]) l. 18. §. 4. D. commod. 13, 6.

indem der Prätor eine exceptio in factum concepta der Klagformel hinzugefügt habe. So sei es erwähnt in einem Responsum der Juristen Nerva und Atilicinus [3]). An solchen Ausnahmsfällen habe sich dann der Satz „aufgerankt," daß der Richter, dessen Vollmacht durch exceptio doli erweitert worden sei, auch Gegenforderungen berücksichtigen dürfe. Freilich sei dies nur auf einem Umwege möglich gewesen, nämlich dadurch, daß der Kläger, welcher sich hartnäckig geweigert habe, dem richterlichen Zwischenbescheide auf Compensation nachzukommen, mit seiner ganzen Klagforderung abgewiesen sei [4]). Erst seit einem Rescripte des M. Aurelius [5]) habe die Compensation auch in Gerichtsverhandlungen über strenge Forderungen, wenn eine exceptio doli opponirt war, mit dem Erfolge Eingang zu finden gepflegt, daß eine Minderung der Condemnation eingetreten sei. Und nunmehr sei, wie durch eine offene Bresche, die Compensation mehr und mehr eingedrungen, so daß sie endlich zur Zeit Papinians als feststehendes objectives Recht der Parteien gegolten habe [6]). — Was sei aber wohl natürlicher gewesen, als daß man eben diesen Fortschritt der Entwickelung ausdrücklich hervorgehoben habe? daß man im stillschweigenden Gegensatze zu dem früheren Zustande, wo die Compensation vom freien Ermessen des Richters, von besondern Umständen, von den besondern Verkehrsverhältnissen der Partei [7]) abgehangen habe, jetzt betonte, daß die Parteien ein Recht auf die Compensation haben, wonach ihre Unstatthaftigkeit als eine Ausnahme des besondern Falles anzusehen sei?

Und so werde denn auch der Satz ipso jure compensatur nichts Anderes aussprechen, als gerade den Gedanken, daß Compensation nun ein allgemein feststehendes Recht der Partei geworden sei, nach den Grundsätzen des Rechts selbst einzutreten habe.

Es liegt auf der Hand, daß die Richtigkeit dieser Schluß-

---

[3]) l. 4. §. 8. D. de dol. m. exc. 44, 4.

[4]) l. 2. D. de comp. 16, 2.

[5]) §. 30. J. de act. 4, 6.

[6]) l. 36. D. de admin. tut. 26, 7.

[7]) wie bei der actio cum compensatione des argentarius, der deductio gegenüber der Klage des bonorum emptor.

folgerung bedingt ist von der Richtigkeit des vorausgesetzten Gesatzes zwischen dem Recht der Partei auf Compensation einerseits und dem freien Ermessen, der Gunst, des Richters oder resp. des Magistrats, das die Compensation eintreten ließ, anderseits. Dieser Gegensatz aber ist gar nicht vorhanden.

Es ist nicht richtig, daß es jemals im Belieben des Richters oder des Magistrats gestanden habe, die Compensation eintreten zu lassen oder nicht; folglich kann nicht erst eine spätere Rechtsbildung die Statthaftigkeit der Compensation außerhalb des richterlichen, des magistratischen Beliebens gestellt haben; folglich in Worten, die eine spätere Rechtsbildung im Gegensatze des früheren Rechtszustandes bezeichnen, nicht der Gegensatz zu jenem, niemals existirenden, richterlichen Belieben ausgedrückt sein.

Nun den Beweis, daß es niemals im Belieben weder des Richters noch des Prätors gestanden habe, die Compensation zuzulassen oder zu verwerfen.

Was zuerst die judicia bonae fidei anlangt, so ist es gewiß als allgemein feststehend anzunehmen, daß bei ihnen die Compensation zu keiner Zeit erst durch eine in die Formel eingerückte exceptio hätte gestattet werden müssen. Wo die Compensation statthatte, da hatte sies, weil mans so der bona fides angemessen fand, nach welcher zu entscheiden der Richter verpflichtet war. Da es aber nicht vom Prätor abhing aus einem negotium bonae fidei eine actio in jus concepta mit dem Zusatze ex fide bona oder ohne diesen Zusatz zu geben [8]): so folgt daraus, daß wenig-

---

[8]) Der Prätor hatte freilich die thatsächliche Gewalt zu handeln, wie er wollte, und der judex privatus war bekanntermaßen selbst an die ungerechteste Formel gebunden; aber der Prätor that dann eben Unrecht. vgl. Cic. Verr. II; 12, 31. Ascon. in Cornelianam. argument. (Orelli p. 58. lin. 15. sqq.) ut praetores ex edictis suis perpetuis jus dicerent. — Wie es mit der Ertheilung der formulae in factum conceptae sich verhielt, die in einigen Fällen mit den in jus conceptae concurrirten – Gaj. IV; 47. 60. —, ist freilich zweifelhaft; soviel jedoch scheint behauptet werden zu dürfen, daß die materielle Beurtheilung des der Klage zugrundeliegenden Rechtsverhältnisses bei beiden Formeln dieselbe bleiben müssen; in dem quanti ea res erit der formula in factum concepta scheint genau dasselbe zu liegen, was nach der andern Formel der Beklagte ex fide bona zu leisten schuldig ist Insofern dies voraussetzt, daß die formula in jus concepta die ältere sei, ist a. M. v. Keller, röm. Civilproc. 2. Aufl. Note 365.

stens bei bonae fidei negotia die Compensation von der Willkür des Magistrats unabhängig war.

Wie es sich mit der Willkür des judex privatus verhielt, habe ich schon angedeutet. Dieser war nach der Formel verpflichtet ex fide bona das Urtheil zu sprechen: was also die bona fides, seiner Ansicht nach, gebot, das muste er berücksichtigen. Ob etwas von der bona fides geboten werde oder nicht, darüber allerdings entschied sein Ermessen. Nur daß dies Ermessen beileibe keine Willkür war, bestimmt von der Gunst oder Ungunst zu den Parteien; — es war das nothwendige Ergebniß seiner rechtlichen Anschauung [9]). Nun soll zwar gern die Möglichkeit zugegeben werden, daß man anfangs den Inhalt der bona fides wie in mancher Beziehung so auch in dieser weniger weit interpretirte als späterhin; ferner, damit in Zusammenhange, daß, was anfangs nur in einzelnen Fällen, von einzelnen Juristen als Vorschrift der bona fides hingestellt war, später überall als solche allgemeine Anerkennung fand. Aus den vorhandenen Ueberlieferungen aber scheint die Richtigkeit dieser Angabe sich nicht beweisen zu lassen; wenigstens nicht aus denjenigen Quellenbruchstücken, welche Dernburg zu solchem Behufe anführt.

Was namentlich Cicero de off. III; 17, 70. betrifft, so hat Dernburg, darin seine Behauptung bestätigt zu finden, dem Sinne wie den Worten Gewalt angethan [10]). Nach ihm soll der Schluß

---

[9]) Dies hat Dernburg verwechselt. Denn, daß er Ermessen in dem Sinne von Willkür nimmt, beweist recht deutlich der Eingang des §. 33. p. 320. So spricht er selbst p. 90. von „Geneigtheit" des Richters, obwohl er gerade an dieser Stelle mehr als sonstwo meiner Auffassung vom richterlichen Ermessen sich zu nähern scheint. Unverständlich aber ist mir die hier gemachte Bemerkung, daß jene Geneigtheit sich u. a. auch nach der Erweisbarkeit des Gegenanspruchs bestimmte. — Wenn Dernburg Ermessen nicht als Willkür aufsaßte, so würde sich auch schwerlich der Gegensatz zum Rechte der Partei ergeben.

[10]) Dernburg. p. 88. f. — Die Stelle heißt so: Sed qui sint boni, et quid sit bene agi, magna quaestio est. Q. quidem Scaevola, pontifex maximus, summam vim dicebat esse in omnibus iis arbitriis, in quibus adderetur, ex fide bona: fideique bonae nomen existimabat manare latissime, idque versari in tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emptis, venditis, conductis, locatis, quibus vitae societas continetur; in his magni esse judicis statuere (praesertim quum in plerisque essent judicia contraria), quid quemque cuique praestare oporteret.

jener Stelle heißen: „Deshalb hielt er (Scaevola) es auch für den Beruf eines Richters, der seine Aufgabe würdig erfasse, den Forderungen beider Parteien Rechnung zu tragen [11]). Um so mehr, da es sich hier nur um Vermeidung eines Umwegs handle, indem schon contraria judicia aufgestellt waren und die Gegenforderungen des Beklagten schützten.“ Nehmen wir einmal an, unter judicia contraria seien die Klagen des aus einer zufällig zweiseitigen Obligation principaliter Verpflichteten, oder überhaupt die Klagen zu verstehen, welche aus einer zweiseitigen Obligation dem aus einer solchen belangten Theile seinerseits gegen den Kläger zustehen [12]). Nun mag ganz davon abgesehen

[11]) Dies soll bedeuten: „Die Compensation zuzulassen.“ Der unbestimmte Ausdruck wäre möglicherweise auch von der Retention zu verstehen; allein Dernburg denkt offenbar an die letztere nicht, weil auf die Retention bezogen die Stelle für ihn ihre Beweiskraft verlieren würde. — Nebenbei bezweifle ich einigermaßen, daß Scaevola und Cicero jeden Richter magnus genannt haben, welcher eine richtige Anschauung seines Berufes in dieser Beziehung zeigte. Schon das dernburgsche „würdig“ scheint mir ein zu ehrenvolles Prädicat. Auch die auf p. 181. Note 1. nachgetragene Bemerkung, magnus judex stehe wie magnus imperator, macht dies nicht glaublicher. Ein tüchtiger Feldherr oder Kaiser zu sein, dazu wird allerdings Geistesgröße erfordert; in der Eigenschaft aber, welche dem Richter hier das Prädicat magnus verschaffen soll, kann ich keine Größe finden. Mich dünkt, es stecke in dem magnus ein Hinweis auf den bedeutenden Einfluß, den der Richter bei solchen Klagen ausübe, auf die summa vis, wie es vorhergenannt ist, die in seine Hand gelegt sei.

[12]) Dies ist allerdings so gar ausgemacht noch nicht. vgl. z. B. Cic. de off. ed. Zach. Pearce. London 1745. Note ad h. l.; vor allem aber Duarenus Comm. ad tit. de in litem jurando Nro. 21. und Donellus Comm. ad tit. Inst. de act. §. XIX. (ad §. 28.) Nro. 20., welche contraria judicia von den abweichenden Ansichten über den Inhalt der bona fide verstehen. Komisch macht sich, diesen Vertretern jener Auffassung gegenüber, die Bemerkung von Karl Timoth Zumpt in seiner Ausg. von Cic. de off. Brunsv. 1838. über einen gewissen Roth (Ausg. Hal. Sax. 1803.), der, „quippe theologus,“ — „interpretationem, quae ex jureconsultorum commentariis deprompta est, alienam judicat.“ Aufgebracht zu sein scheint übrigens die Auffassung von judicia contraria im juristisch-technischen Sinne durch Alciatus ad l. bona fide (31.) D. depos. 16, 3. ad h. l. „quum in his judicia essent contraria vel proditae mutuae actiones.“ vgl. Duaren. c. l. „Quae verba — eruditissimus Alciatus perabsurde ad alium sensum detorsisse mihi videtur: perinde, quasi ea Scaevolae verba de contrariis et directis actionibus intelligantur: de quibus (nisi ego vehementer fallor) ne per somnium unquam dubitavit.“ — Die philologischen Herausgeber Ciceros,

werden, daß die angebliche Vermeidung eines Umweges, nach Ciceros eigenen Worten, einen allgemeinen Grund für die Berücksichtigung der Gegenforderungen deshalb nicht abgeben kann, weil jener Umweg nach ebendiesen Worten nur bei einem großen Theile, also durchaus nicht bei der Gesammtheit von Obligationsverhältnissen der genannten Classe möglich wäre. Allein von einem Umwege könnte doch überall nur dann die Rede sein, wenn ein anderer, kürzerer, Weg zu demselben Ziele führte. Es ist jedoch erstens der Regel nach unrichtig, daß der Weg der Compensationseinrede kürzer sei als der Weg des judicium contrarium. Denn auch dieses wird, wo es widerklagend erhoben ist — und das ist gewiß die Regel —, wie die Einrede, gleichzeitig mit dem Klaganspruche vor demselben Richter verhandelt [13]. Es ist zweitens völlig verkehrt, daß durch das judicium contrarium nichts Weiteres bezweckt werde, als was durch die Compensationseinrede zu erreichen stünde. Beide Rechtsmittel weichen vielmehr regelmäßig in materieller Voraussetzung sowohl als in materiellem Ziele von einander ab. Die Compensationseinrede nämlich setzt voraus Gleichartigkeit der Gegenforderungen spätestens in demjenigen Augenblicke, worin die Condemnation vor sich gehen soll [14], und kann zum Ziele nur Minderung, oder resp.

— deren Hauptfundgrube hier eine albern gelehrte Ausführung von Samuel Rachelius (prolegomena et comm. philos. in Cic. libr. 3. de off.) zu sein scheint, die ich indeß nur aus dem Abdruck in einer Ausg. von Cic. Opp. Neap. 1777. kenne, — lassen die herrliche Gelegenheit selten vorbei mit halbverstandenen oder ganz misverstandenen Flicken juristischen Gelehrtenkrams zu prunken. s. z. B. Ciceros philos. Schriften. In deutschen Uebertragungen herausg. von Reinhold Kloß. Leipz. 1840. I. Th. Note des Herausgeb. zu der Uebersetzung dieser Stelle von Aug. Wilh. Zumpt. „Ueber die — judicia contraria, wo eine Abweisung des Klägers für ihn selbst Rechtsnachtheile herbeiführte, vgl. Reins röm. Privatrecht p. 485.“ (s. Gaj. IV. 174. 177. 178. 179.) An diese judicia contraria kann Scaevola wirklich nicht „im Traume“ gedacht haben!

[13]) v. Savigny, Syst. Bd. VI. §. 289. II. 2. p. 331. ff.

[14]) s. auch Dernburg p. 428. Brinz, die Lehre pp. §. 20. p. 63. f. ist a. A. s. auch §. 44. p. 142. vgl. dess. Lehrb. der Pand. §. 149. p. 642. — „wenn ohne weiteres (sine facto hominis) soll zurückbehalten werden dürfen, wird nicht blos gleich viel, sondern ein Gleichgiltiges, darum völlig Gleichartiges (par species), mithin eine Quantitätenschuld beiderseits vorhanden sein müssen.“ p. 647. „Wo — zwischen Anspruch und Gegenanspruch in b. f. j. die Compensation aus dem Grunde nicht ausgeschlossen ist, [(weil) „das Verhältniß

bei gleichem Betrage der Gegenforderungen Ausschließung, der Condemnation haben. Die Gegenforderungen aber aus demselben Geschäfte, welche mittels eines contrarium judicium geltendgemacht werden können, sind erstens regelmäßig ungleichartig. Dagegen wende man auch nicht etwa ein, daß sie ja gerade durch die Condemnation in Geldforderungen verwandelt, also gleichartig gemacht würden. Denn so richtig dies ist, so offenbar widersinnig würde es sein, zweitens anzunehmen, daß man bei Anstellung der Klage stets, oder selbst nur in den meisten Fällen, gerade die Verurtheilung des Beklagten in eine ursprünglich nichtgeschuldete Geldsumme herbeiführen wolle. Im Gegentheil, man will Erfüllung der versprochenen oder sonst geschuldeten Leistung, wo dieselbe noch ordentlich zu beschaffen ist. Daß sich diese Leistung nach altrömischem Processe selten, vielleicht nie, direct erzwingen ließ [15]), ändert hieran nichts; denn ein mittelbarer Zwang der wirksamsten Art lag jedenfalls in der drohenden Verurtheilung in den Geldwerth. Und was wäre am Ende auch in dieser Beziehung bei judicia bonae fidei auf den Willen des Gläubigers angekommen, da es zweifellos im Belieben des Schuldners stand, bis zur Condemnation durch Naturalleistung sich zu befreien? [16]) eine Möglichkeit, die auf dem Wege der Compensationseinrede ihm abzuschneiden sicherlich gegen alle bona fides und regelmäßig obendrein gegen das eigene Interesse des Beklagten gewesen wäre, der bis zur gegenseitigen Leistung die seinige völlig retiniren konnte [17]). Des Falles nur im Vorübergehen zu gedenken, wo

---

von Forderung und Gegenforderung — so (ist), daß auch der Richter zu keiner Compensation greifen darf, sondern dem Retentionsrechte seinen Lauf lassen muß, — vielleicht überall da, wo wie hier die Compensation vielmehr zu einer Aufhebung des Contractes, als zur Vereinigung gegenseitiger Schulden führen würde,“] kann sie der Richter zu Handen nehmen, selbst wo an sich bloßes Retentionsrecht vorliegt, zur Vermittelung und Schlichtung, wie bei in rem actiones.“ — v. Scheurl, Beitr. Nro. VII. p. 152. unten f.

[15]) Es kömmt darauf an, ob die l. 68. D. de R. V. 6, 1. echt und ursprünglich von derselben Bedeutung gewesen ist, die sie jetzt hat.

[16]) Gaj. IV. 114. — v. Keller, röm. Civilpr. §. 67. p. 276 ff.

[17]) Dies setzt freilich voraus, daß die Retention mindestens in gleichem Schritte mit der Compensation ausgebildet worden, was Dernburg p. 92. f. in Abrede zu nehmen scheint. — Endlich mag hier noch der Fälle gedacht werden, in denen nach Dernburg p. 125. das Mittel der Retention für den Beklagten

ein judicium contrarium nothwendig ist, weil die darin geltendzumachende Forderung den Betrag der Vorforderung übersteigt, — dürfte danach soviel erhellen, nur in verhältnißmäßig sehr wenigen Fällen wäre eine Vereinfachung des Verfahrens dadurch zu erreichen gewesen, daß man, statt ein

unzureichend wäre, und deshalb ein ungleichartiger Gegenanspruch zur Compensation führen müßte. So z. B. wenn der Beklagte nur Detentor einer fremden Sache sei, deren Restitution ihm obliege, z. B. Commodatar, Depositar. Die Abweisung des Klägers infolge der Retentionseinrede setze den Beklagten hier in die größte Verlegenheit, da durch diese Abweisung sein Verhältniß zur anvertrauten Sache nicht verändert werde. Er dürfe dieselbe nach wie vor nicht etwa verbrauchen, veräußern. Der Commodatar müsse z. B. das geliehene Pferd fort und fort ernähren; seine Gegenforderung bleibe unbefriedigt. — Die Richtigkeit der Voraussetzung mag dahingestellt bleiben; verkehrt ist der Schluß, daß hier der Beklagte zur Compensation greifen müsse. Vielmehr wird er zum contrarium judicium greifen. Dabei wird er freilich aller Wahrscheinlichkeit nach nur dann obsiegen können, wenn er die Erfüllung seiner Verpflichtung anbietet, deren wegen, wie ich glaube, der abgewiesene Kläger noch immer die Retentionseinrede hat. Denn im judicium directum ist über die Existenz der Klagforderung entweder noch gar nicht geurtheilt: dann wird dieselbe vermuthlich, trotz der consumirenden Wirkung der Litiscontestation, ebensowohl wie unter den entsprechenden Voraussetzungen noch immer zur Compensation, so hier zur Retention zu dienen imstandesein; — oder sie ist anerkannt: dann wird die positive Function der Sentenz die consumirende Wirkung derselben aufheben; — oder sie ist aberkannt: nun dann ist der Beklagte überhaupt befreit. — Die Aussicht auf das judicium contrarium wird übrigens den im judicium directum Klagenden meistens schon bewegen nicht halsstarrig die Bezahlung der Gegenforderung zu verweigern. — Ja, nicht nur, daß also die Compensation hier völlig überflüssig, — ich getraue mich zu behaupten, daß sie durchaus unstatthaft ist. Dernburg freilich p. 421. und 425. erklärt, daß Gajus merkwürdigerweise in l. 18. §. 4. D. commod. 13, 6. dieselbe wegen einer ungleichartigen Gegenforderung in judicio b. f. zulasse. Quod autem contrario judicio consequi quisque potest, id etiam recto judicio, quo cum eo agitur, potest salvum habere jure pensationis. Sed fieri potest, ut amplius esset, quod invicem aliquem consequi oporteat, aut j u d e x p e n s a t i o n i s r a t i o n e m n o n h a b e a t, aut ideo de restituenda re cum ea non agatur, quia ea res casu intercidit aut sine judice restituta est: dicemus necessariam esse contrariam actionem. — Dernburg behauptet, es werde hier nicht etwa blos an einen Fall gedacht, in welchem die commodirte Sache durch Nachlässigkeit des Commodatars beschädigt oder untergegangen, und deshalb Geldentschädigung Gegenstand der Klage geworden sei; vielmehr habe der Jurist gerade einen Proceß auf die Sache selbst im Auge, wie dies schon aus dem Gegensatze aut ideo de re restituenda

judicium contrarium anzustellen, compensirte. Folglich kann die Aussicht auf eine solche Vereinfachung, wo sie überall ins

---

non agatur sich ergebe. Allein restituere rem heißt keineswegs blos die Sache selbst zurückgeben. Ideo de restituenda re non agatur, quia ea res casu intercidit: daraus erhellt de re restituenda agi posse, quum res culpa ejus, cui commodata erat, intercidit. Dies wäre also ein Fall, den der Jurist im Auge hat: ein Fall, in dem offenbar auf Geld geklagt wird. Agere de re restituenda ist nur ein andrer Ausdruck für directo judicio agere. Es ist also durchaus keine Nothwendigkeit anzunehmen, daß die Klagforderung, gegen welche Verwendungen compensirt werden sollen, auf die Sache selbst gerichtet sei. Vielleicht sogar, daß in den bei Dernburg nicht mitabgedruckten Worten: aut judex pensationis rationem non habeat — neben anderm auch ein Hinweis auf den Fall liegt, wo der Richter wegen Ungleichheit der Gegenforderungen die Compensation verwirft. Man könnte jene Worte freilich von einer bloßen Nachlässigkeit des Richters verstehen. Allein durch Vergleichung von l. 8. §. 2. D. de neg. gest. 3, 5. scheint mir vielmehr die allgemeinste Auffassung derselben geboten. Si quocunque modo ratio compensationis habita non est a judice: potest contrario judicio agi. Quodsi post examinationem reprobatae fuerint pensationes: verius est, quasi re judicata, amplius agi contrario judicio non posse: quia exceptio rei judicatae opponenda est. Mag die Gegenforderung vom Beklagten gar nicht opponirt sein; — mag der Richter die opponirte Gegenforderung zur Compensation deshalb nicht gebracht haben, weil er ihre Berücksichtigung vergessen hat; — mag er sie endlich, ohne auf die Frage nach ihrer Existenz einzugehen, von der Compensation deshalb ausgeschlossen haben, weil es ihm, die Begründung der Gegenforderung einmal angenommen, contra bonam fidem schien sie zuzulassen, sei es nun wegen ihrer Illiquidität — (vgl. Hasse, Arch. für civ. Praxis Bd. VII. p. 174. Bethmann-Hollweg, Rhein. Mus. Jahrg. I. p. 258. ff. Brinz, die Lehre. §. 40. p. 128. f. §. 47. f. p. 151. ff. — f. l. 3. D. de tut. act. 27, 3. Si tutelae aut negotiorum gestorum agatur, incerto hoc, quantum ab adversariis debetur tutori procuratorive: arbitratu judicis cavendum est, quod eo nomine eis absit. Gegen die Ansicht von Bethmann-Hollweg und von Brinz, p. 128. f. das incertum bedeute Ungewißheit der, ihrer Existenz nach noch von künftigen Ereignissen abhängigen, Gegenforderung — spricht entschieden das Präsens: debetur.); — sei es, weil die besondere Natur des Geschäfts die Compensation unthunlich macht, z. B. beim Depositum; — sei es weil die Gegenforderung nicht gleichartig ist: für alle diese Fälle soll das judicium contrarium statthaft sein. Rücksichtlich des letzten Falles möchte man einwerfen: ob hier der Beklagte nicht retiniren und so das judicim contrarium überflüssig machen könne? Allerdings kann er das, aber doch nur, wenn er seinen desfallsigen Willen erklärt. Und selbst wenn er ihn erklärt, so kann der Kläger, wie im drittletzten Falle, die Retentionseinrede dadurch beseitigen, daß er für die Zahlung der, demnächst zuliquidirenden, Gegenforderung Cau-

Gewicht fiel [18]), nicht einen Hauptgrund für die Zulassung der Compensation ex arbitrio judicis gebildet haben. Und heist daher judicia contraria in der That Gegenklagen aus demselben Geschäfte, so wird mithin quid quemque cuique praestare oportet schwerlich bedeuten: was der eine nach Absatz seiner Gegenforderung infolge einer Compensationseinrede dem andern noch zu leisten schuldig ist. Aber wäre es denn an und für sich wahr-

---

tion bestellt. Dann möchte man sich wundern, wie der Beklagte zu dem, doch unstatthaften, Compensationsbegehren gekommen sein sollte; — indeß, einmal geschieht auch im Processe nicht immer blos das Statthafte; ferner hoffte der Beklagte vielleicht, daß der Kläger sich gutwillig mit der Litisästimation abfinden ließe, und hat etwa gerade in dieser Hoffnung sich an der Retentionseinrede versäumt. — Möglich ist es übrigens auch, daß Gajus soweit davon entfernt war zu glauben, wegen einer ungleichartigen Forderung könne compensirt werden, daß ers für unnöthig hielt das Gegentheil ausdrücklich zu bemerken. — Eine letzte Möglichkeit ist vielleicht auch die, daß er unter pensatio gar nicht blos die compensatio, das Gegeneinanderabthun, sondern auch die retentio begreift, welche ja auch eine Gegenrechnung voraussetzt. Damit würde die zweifache Vermeidung des Ausdrucks compensatio wohl stimmen.

Daß schon die Römer neben dem judicium contrarium die Retention z. B. beim Commodat für ausreichend hielten, geht wohl mit Gewißheit aus l. 15. §. 2. und l. 59. de furt. 47, 2 hervor, welche gerade für den Fall, da die Sache selbst noch existirt, von der Möglichkeit der Compensation ganz schweigen. —

Wenn argumento a contrario aus der Bemerkung Dernburgs in Note 1. p. 125., daß der b. f. possessor, der mit einer dinglichen Klage belangt wird, das Retentionsrecht immer vorziehen werde, da er als juristischer Besitzer und Usucapient schon vortheilhaft gestellt sei, — wenn, sage ich, daraus folgt, daß Dernburg die Retentionseinrede für den m. f. possessor unzureichend hält: so dürfte er auch hier irren. Sie genügt völlig. Er ist gegen jede neue Klage des Eigenthümers oder dessen (Universal-) Successors durch die exceptio rei judicatae geschützt. Ebenso sein Universalsuccessor und sein Singularsuccessor, der ja sogar wegen der Verwendungen seines Auctors die Retention hat s. l. 14. §. 1. D. comm. div. 10, 3. Dabei wird natürlich vorausgesetzt, daß der m. f. possessor kein Dieb sei: allein alienam possessionem perperam occupantibus wird ja ausdrücklich auch die Compensation verweigert. l. 1. Cod. de infant. exposit. 8, 52. l. ult. §. 2. Cod. de comp. 4, 31. — Endlich hat auch der m. f. possessor die possessorischen Interdicte, und zwar, falls er nur nicht vi, clam oder precario ab adversario besitzt, selbst gegen den Eigenthümer. — s. übrigens auch Dernburg p. 343.

[18]) Dernburg, der hier p. 89. für judicia bonae fidei die Rücksicht auf Abkürzung des Verfahrens so stark betont, tadelt p. 293. Note 1. diejenigen bitter, welche auf diese civilis ratio der Compensation überhaupt hinweisen.

scheinlich, daß diese Worte bei Cicero auf die Gegenseitigkeit der Verbindlichkeit hinweisen sollten? Ich glaube kaum. Hätte Cicero diese bezeichnen wollen, er hätte gewiß gesagt: quid alterum alteri praestare oportet. Gerade aus der durchaus unbestimmten Ausdrucksweise: quemque cuique geht, dünkt mich, hervor, daß Cicero hier keineswegs an die Gegenseitigkeit der obligationes bonae fidei gedacht hat [19]).

Läge indessen in der in Rede stehenden Stelle die Ansicht Scaevolas dahin ausgedrückt, daß ein tüchtiger Richter, ein

---

Wenn er übrigens behauptet, daß z. B. Wesenbecius jener ratio zuliebe die Dispositionsbefugniß der Partei habe beschränken und eine Bevormundung derselben gutheißen wollen: so mag W. selbst für sich sprechen. In Pand. jur. civ. et Cod. Justin. libr. 12. comm. ad tit. de comp. Nro. 8. „Neque aliter ipso jure fieri ajunt compensationem, quam si paratus sit reus eam facere." pp.

[19]) vgl. Cic. top. 17; 66. — quid socium socio, quid eum, qui negotia aliena curasset, ei cujus ea negotia fuissent; quid eum, qui mandasset, eumve cui mandatum esset, alterum alteri praestare oporteret — Gaj. III, 137. §. 3. J. de obl. ex consensu. 3, 22. l. 2. §. 3. D. de O. et A. 44, 7. — in his contractibus (sc. qui consensu fiunt) alter alteri obligatur de eo, quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet. l. 5. pr. eod. — A. M. Hasse c. l. p. 168. f.; v. Savigny, Syst. Bd. VI. §. 289. Note g. Ebenso K. T. Zumpt in seiner Note 12. citirten Ausg., der die andere Interpretation von judicia contraria auch mit folgendem Grunde beseitigen will: — „eam Ciceronis verba vindicant. — quid quemque cuique praestare oporteret: quod fieri non posset, nisi ab utraque parte aliquid postularetur, et aliud pupillo a tutore, aliud tutori a pupillo praestandum esset." — Wider diese Ansicht spricht sehr entscheidend der Umstand, daß Cicero im ganzen Zusammenhange der fraglichen Stelle immer nur vom Begriffe der bona fides insoweit redet, als sie jede Arglist ausschließe: so daß man in der That nicht sieht, zu was diese plötzliche Heraushebung der Gegenseitigkeit bei bonae fidei judicia irgend dienen sollte. — Heißt übrigens judicia contraria wirklich das, was wir angenommen haben, so dürfte der Sinn des Satzes vielleicht folgender sein: In den angeführten Verhältnissen hat der Richter große Machtbefugniß bei der Feststellung, was irgend jemand in einem beliebigen Falle zu leisten schuldig sei, — und namentlich ist seine Machtbefugniß deshalb groß, weil er meistens zugleich über die Gegenansprüche des Beklagten aus demselben Rechtsverhältnisse zu richten berufen sein wird. — Ueber die Art jedoch, wie der Eine Richter zugleich über Forderung und Gegenforderung zu entscheiden berufen wird, ist aus der Stelle nichts zu ersehen. Allein es steht nichts der Annahme einer eigentlichen Widerklage entgegen. s. Planck, Die Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten im Proceßrecht. Göttingen 1844. §. 9. p. 67. (76.) f. §. 13. p. 89. ff. — l. 23. D. depos. 16, 3. l. 18. §. 4. D.

Richter, der seine Aufgabe würdig erfasse, der Compensation stattgebe: was hieße es anders, als daß rechtlich dies zu thun oder zu unterlassen nicht mehr im Belieben des Richters stünde, der ex aequo et bono seines Berufes wahrzunehmen verpflichtet ist? Dernburg würde sich also mit seiner Auslegung selber schlagen.

Demnächst führt Dernburg zum Beweise seiner Behauptung l. 10. §. 9. D. mandati 17, 1, an [20]). Es sei merkwürdig, sagt er, daß der alte Labeo sich noch viel unbestimmter ausdrücke als der, ihn glossirende, Ulpian. Denn während dieser, weil die Compensation damals schon ein Recht der Parteien gewesen, den Richter für verpflichtet halte auf Abrechnung einzugehen, habe sich jener darauf beschränkt zu bemerken, daß nach der Natur der Mandatsklage Abrechnung möglich und zulässig sei; von einer Rechtspflicht des Richters dieselbe anzuwenden rede er nicht.

Freilich ist es wahr, daß in dem admittere eine Nothwendigkeit der Zulassung nicht ausgesprochen liegt. Allein noch weniger ist sie darin verneint. Das beweisen zahlreiche Stellen, worin admittere gesagt ist, während die Person oder die Handlung, welche zugelassen wird, gar nicht zurückgewiesen werden

---

commod. 13, 6. l. 38. pr. D. mand. 17, 1. Interessant ist namentlich die letzte Stelle, insofern aus ihr zugleich recht deutlich erhellt, wie der Richter auf die individuellsten Verhältnisse Rücksicht zu nehmen hat, um die Vorschriften der bona fides zu ermitteln: und somit dürfte das cuique bei Cicero selbst nach der angegebenen Auffassung nicht müssig sein, weil gerade auf das persönliche Verhältniß zwischen Schuldner und Gläubiger manches ankömmt.

[20]) Dernburg, p. 88. — (Ulpian.) Idem Labeo ait, et verum est, reputationes quoque hoc judicium admittere, et sicuti fructus cogitur restituere is, qui procurat, ita sumptum, quem in fructus percipiendos fecit, deducere eum oportet pp. Das Bedenken, welches Dernburg dabei äußert, ob es nicht anständiger sei, wenn der Mandatar das für den Mandanten Eingenommene herausgebe, als wenn er seine Auslage darauf vorabziehe, haben die römischen Juristen sicherlich nicht aufgeworfen, wo es sich um die Zulässigkeit der Compensation gegenüber der mandati directa actio handelte. Denn, zu geschweigen, daß die bona fides etwas ganz Anderes ist als derartige, den römischen Juristen, welche Geschäfte und Rücksichten des freundschaftlichgeselligen Verkehres aller Wahrscheinlichkeit nach wohl auseinandergehalten haben, gewiß am meisten fremde, Ziererei, beweist die Anstellung der actio directa, es sei ohnehin das gute Einvernehmen zwischen Mandanten und Mandataren in erheblichem Maße gestört. Und höchstens die Zartheit dieses guten Einvernehmens könnte doch den scheinbaren Grund ausmachen, von Geldgeschäften, wie von etwas jenes Einvernehmen Kränkendem, nicht reden zu mögen.

kann [21]). Namentlich geht dies auch hervor aus einer Reihe von Aussprüchen über die Zulässigkeit der Compensation, die aus einer Zeit herrühren, in der, nach Dernburgs eigner Behauptung, die Parteien ein zweifelloses Recht auf die Compensation hatten [22]). Mithin ist aus jener Stelle für Labeos Ansicht darüber durchaus nichts zu ersehen. Aber der folgende Paragraph macht es, wo nicht zur völligsten Gewißheit, so doch zu einer von der völligsten Gewißheit kaum noch unterschiedenen Wahrscheinlichkeit, daß schon Labeo allerdings den Richter für verpflichtet gehalten hat die Compensation in unserm Falle zuzulassen [23]). Es muß danach dem Procurator gestattet werden (permittendum) Melioramente, die er ohne Auftrag gemacht hat, soweit das ohne Schaden für die Sache geschehen kann, wegzunehmen: er hat das jus tollendi. Nun steht aber dieser Fall im Gegensatze zu dem im vorigen §. erörterten Falle, worin der Mandatar in Erfüllung seines Auftrages Auslagen gemacht hat: es ist klar, daß er in jenem nicht weniger Recht der Vertheidigung haben kann als in diesem; von einem jus tollendi kann natürlich selbst da nicht die Rede sein, wo ein tollere an sich denkbar wäre, weil damit der Zweck des Mandates selber vernichtet werden würde: was bleibt also anders übrig, als anzunehmen, daß in solchem Falle Labeo ein unbedingtes Recht auf Retention und resp., bei Gleichartigkeit der Forderungen, mindestens auf Compensation gewährte? —

---

[21]) S. z. B. Gaj. II. §§. 177. 178. §. 3. J. de SC. Orphit. 3, 4. l. 1. §. 11. D. de ventre in poss. mitt. 37, 9. l. 10. pr. D. de captiv. 49, 15. l. 30. §. 5. l. 90. D. ad leg. Falcid. 35, 2. u. s. w. s. auch Brisson. de V. S. ed. Heinecc. ad h. v. sub 6.

[22]) l. 16. §. 1. D. h. t. (Papinian.) l. 22. eod. (Cerbid. Scaevola.) l. 3. Cod. de contr. judic. tut. 5, 58. (Diocl.) l. 14. §. 1. Cod. h t. (Justinian.) Paull. R. S. II.; 5, 3. — Mir scheint dem Ausdrucke admittere der Ausdruck locum habere genau zu entsprechen. Und dieser kömmt vor von der Compensation in l. 10. §§. 2. 3. l. 11. D. h. t. (Ulpian.) l. 1. Cod. eod. (Antonin.) l. 14. §. 1. eod. cit. u. s. w. — Die Stellen, in denen ein derartiger Ausdruck in einer die Nothwendigkeit der Zulassung bezeichnenden Fassung oder Verbindung erscheint, wie z. B. l. 9. §. 1. D. h. t. (Paull.), habe ich natürlich unberücksichtigt gelassen.

[23]) l. 10. §. 10. mandati. Idem (Labeo) ait, at si quid procurator citra mandatum in voluptatem fecit, permittendum ei auferre, quod sine damno domini fiat: nisi rationem sumptus istius dominus admittit.

Völlig haltlos endlich scheint mir die Behauptung Dernburgs [24]), noch Gajus, der freilich in l. 18. §. 4. D. commodati (libr. 18. ad ed. provinc.) schlankweg von einem ius pensationis rede, drücke unverkennbar in seinen Institutionen IV. 63. eine leise Misbilligung darüber aus, daß der Richter sich angemaßt habe über etwas zu sprechen, was ihm zunächst durch die Worte der Formel weder explicite noch implicite aufgegeben worden. Es möchte sich in der That wunderlich mit dem Zwecke und der sonstigen Art der Institutionen reimen in ihnen völlig unpraktische, rein theoretisch-spitzfindige Bedenken leise zu äußern, während man in einem weitläufigen Commentare über das Edict, der mit unmittelbarer Rücksicht auf die Bildung der Praxis und für rechtskundige Männer geschrieben wird, nicht allein nichts von derartigen Zweifeln andeutet, sondern das gerade Gegentheil derselben als unbezweifelt vorträgt. Und worauf gründet sich Dernburgs Behauptung? Es scheint, auf die sehr zweifelhaften Worte, welche nach Heffter so zu lesen wären: tamen judici nullo modo injunctum est compensationis rationem habere. Aber das injunctum wird ja erklärt durch das folgende formulae verbis, und dies kann sich nach Gajus eigener Darstellung nur auf die ausdrückliche Vorschrift beziehen. Implicite, setzt er nämlich auseinander, ist die fragliche Vorschrift enthalten in den Worten: ex fide bona. Allein Dernburg hat vermuthlich in den von ihm durch cursiven Druck ausgezeichneten Wörtern videtur und creditur die Andeutung gefunden, daß Gajus selber diese angeblich in den Worten ex fide bona ertheilte Vorschrift nicht darin ererblicke, weil sie in der That nicht wirklich darin liege, sondern darin zu liegen nur scheine. Es kömmt also auf die Bedeutung jener Wörter an. Nun dürfte aber kaum zu bezweifeln sein, daß videri keinesweges immer etwas bezeichnet, das zu sein blos scheinet; vielmehr heißt es so von den unleugbarsten Thatsachen, namenlich dann, wenn ihre Zweifellosigkeit auf der Interpretation der Juristen beruhet [25]). Ganz die nämliche Bewandtniß hat es

---

[24]) p. 91. f. Nach der heffterschen Lesart heißt die Stelle so: Tamen judici nullo modo est injunctum compensationis rationem habere (neque enim) formulae verbis praecipitur, sed quia id bonae fidei judicio conveniens videtur, ideo officio ejus contineri creditur.

[25]) s. z. B. §. 2. J. quib. ex causs. manum. 1, 6. §. 3. J. de nupt. 1, 10. §. 5. J. qui test. tut. dari possunt. 1, 14. §§. 13. 15. 20. 21. 25.

mit credere: auch dies bezeichnet etwas, das gemäß der Interpretation der Juristen als völlig gewiß gilt [26]). Und es dürfte nicht zu viel behauptet sein, daß Gajus selbst im §. 61. so positiv wie möglich es ausgesprochen hat, durch die bona fides sei auch die Compensation geboten [27]).

Das Einzige, was bei der Stelle des Gajus vielleicht auffallen möchte, ist das besondere Hervorheben des Umstandes, daß bei judicia bonae fidei dem Richter kein ausdrücklicher Auftrag ertheilt wird die Compensation zuzulassen. Jedoch erklärt es sich zurgenüge durch den nachfolgenden Gegensatz. In den Fällen nämlich des argentarius und des bonorum emptor ist es ein eigener Formelzusatz, wodurch der Richter erst bevollmächtigt wird, die Gegenforderungen zu berücksichtigen; und dies will Gajus betonen. Deshalb leitet er die Auseinandersetzung darüber so scharf mit: Alia caussa est — ein, während die Mittheilungen über die deductio gegenüber dem bonorum emptor dem Vorhergehenden durch ein Item angefügt sind. Denn dieselbe stimmt trotz aller sonstigen Verschiedenheiten von der actio cum com-

28. 33. 37. 47. J. de R. D. 2, 1. §. 5. J. de usu. 2, 5. §. 1. J. quib. alien. lic. 2, 8. §. 3. J. de testam. ordin. 2, 10. §. 5. J. de mil. test. 2, 12. §. 1. J. quib. non est permissum fac. test. 2, 12. §. 1. J. de exhered. lib. 2, 13. pr. J. de hered. instit. 2, 14. §. 2. J. de vulgari subst. 2, 15. §§. 3. 4. 7. J. de hered. qual. 2, 19. §§. 12. 20. 25, J. de legat. 2, 20. u. s. w. l. 2. l. 7. §. 1. l. 10. pr. l. 13. l. 15. l. 33. §. 3. l. 42. l. 81. pr. l. 85. D. de condit. et demonstrat 35, 1. l. 199. l. 209. D. de V. S. 50, 16. l. 73. §. 2. D. de R. J. 50, 17. u. s. w. — vgl. übrigens auch Schrader ad §. 20. J. de act. 4, 6. Note videntur.] Hoc verbum dubitationem innuit. Darauf aber: Alibi autem ejusmodi dubitationis vestigia non occurrunt. l. 1. D. fin. reg. 10, 1. l. 1. Cod. de ann. exc. 7, 40. Danach scheint die ganze Bemerkung mindestens verdächtig. Id. ad §. 30. eod. Note permitti videtur] —; aber auch ad §. 1. de off. jud. 4, 17. Note videbitur.]

[26]) §. 7. i. f. J. quib. ex causs. manum. 1, 6. pr. i. f. J. quib. mod. tut. 1, 22. §. 22. J. de R. D. 2, 1. §. 10. J. de test. ordin. 2, 10. l. 15. D. de condit. inst. 28, 7. l. 9. §. 1. §. 4. l. 22. l. 24. D. de reb. dub. 34, 5. l. 71. pr. D. de condit. et demonstr. 35, 1. l. 141. l. 170. D. de V. S. 50, 16. l. 4. l. 17. l. 60. l. 189. de R. J. 50, 17. — Gaj. I. 55. II. 11. 21. 30. 54. IV. 16. i. f. u. s. w. — s. übrigens auch Schrader ad §. 9. J. de lege Aquil. 4, 3. Note creditum est] — dubitanter. —

[27]) vgl. §. 30. verbunden mit §. 39. J. de act. 4, 6.

pensatione des argentarius mit dieser gerade in dem Puncte zusammen, in dem beide von der bei bonae fidei judicia stattfindenden Compensation abweichen.

Damit dürfte der Nachweis geführt sein, daß in judicia bonae fidei zu keiner uns bekannten Zeit ein richterliches Belieben es gewesen ist, was der Compensation stattgegeben hat.

§. 9.

b) bei andern s. g. freien Klagen.

Wir kommen nun zu der Compensation bei andern s. g. freien Klagen. Auch in diesen, behauptet Dernburg [1]) habe sich die allgemeine Zulässigkeit der Compensation erst nach und nach, jeden Schritt erkämpfend, eingebürgert. Dies will er zeigen an zwei Pandektenstellen, welche von solchen Klagen handeln, nämlich l. 52. §. 2. D. familiae erciscundae. 10, 2. und l. 10. §. 3. D. de compensationibus. 16, 2.

Was die erstere anlangt [2]) — um von dem übrigen, dessen Widerlegung sich noch weniger lohnt, zu schweigen — wo steckt denn in der ganzen Stelle etwas von der Zulässigkeit der Compensation in unserm technisch-juristischen Sinne? Compensatio est debiti et crediti inter se contributio —: wo ist denn hier das debitum, wo das creditum, beides meinetwegen im allerweitesten Sinne von jeder Verpflichtung, von jeder Berechtigung verstanden? Beide sollen ja erst durch die Sentenz entstehen, von deren Abfassung in unserer Stelle die Rede ist. Denn ehe nicht durch die ausgesprochene Sentenz der eine Miterbe Eigenthümer einer Erbschaftssache geworden ist, schuldet er dem andern deshalb, weil der Richter ihn zu deren Eigenthümer durch die Sentenz zu machen beabsichtigt, noch keinen Deut, und umgekehrt [3]).

---

[1]) §. 10. p. 94. ff.

[2]) c. l. 52. §. 2. D. fam. ercisc. 10, 2. (Julian. libr. 2. ad Ursejum Ferocem.) Arbiter familiae eriscundae inter me et te sumptus quaedam mihi, quaedam tibi adjudicare volebat: pro his rebus alterum alteri condemnandos esse intelligebat. quaesitum est, an possit pensatione ultro citroque condemnationis facta eum solum, cujus summa excederet, damnare? Et placuit, posse id arbitrum facere.

[3]) l. 3. Cod. comm. div. 3, 37., woraus Dernburg p. 96. folgert, daß

Nicht glücklicher dünkt mich Dernburg in seiner Erklärung der l. 10. §. 3. D. de compensationibus 16, 2. zu sein. Ich will es dem Leser anheimstellen den angeblichen Tonwechsel Ulpians nachzufühlen, der zweifelnd seinen offenbaren Anstand an der Notiz Julians ausgedrückt haben soll [4]). Aeußern aber muß ich eine von der Ansicht Dernburgs über die prätorischen Cautionalstipulationen [5]) durchaus abweichende Ansicht. Es soll sehr auffallend sein, daß man der eventuellen Forderung aus einer solchen Stipulation bereits Compensation entgegensetzte? Nein! es war zu Julians Zeit nicht etwa blos räthlich, sondern in gewissen Fällen sogar nothwendig schon bei der Conception der Stipulation auf etwaige Compensation Rücksicht zu nehmen. Freilich, wo die Stipulation die gewöhnliche Fassung auf quanti ea res est erhielt, da genügte es etwaige Gegenforderungen bei

---

auch in dieser Beziehung Severus Alexander die Compensation als ein ausgemachtes Recht der Parteien behandelt habe, würde ich, weil auch diese Stelle für uns durchaus gleichgültig ist, nicht einmal in der Note erwähnen, wenn es nicht geschähe, um zu zeigen, daß selbst Dernburg die Beweiskraft derselben wohl nur aus einer misverstandenen Form ableitet. Die Stelle lautet, so weit sie hier in Betracht kömmt, so: Quum autem regionibus dividi commode aliquis ager inter socios non potest, vel ex pluribus singuli: aestimatione justa facta, unicuique sociorum adjudicantur, compensatione pretii invicem facta, eoque, cui res majoris pretii obvenit, caeteris condemnato: ad licitationem nonnunquam etiam extraneo admisso pp. Dernburg scheint nun das condemnato für den Imperativ gehalten zu haben. Dies folgere ich aus den Worten: „Was zu Julians Zeit dem Richter kaum gestattet wurde, das sah man später gewiß sogar als dessen Pflicht an." — „Der Kaiser gedenkt als einer ausgemachten Sache auch des Satzes, daß Compensation der wechselseitigen Condemnationssummen stattfinden müsse"; — und daraus, daß die Worte compensatione pretii invicem facta und caeteris condemnato cursiv, die dazwischen liegenden Worte eòque, cui res majoris pretii obvenit mit gewöhnlicher Schrift gedruckt sind.

[4]) l. 10. §. 3. cit. (Ulpian.) lib. 63. ad edict. In stipulationibus quoque, quae instar actionum habent [id est, praetoriis], compensatio locum habet: et secundum Julianum tam in ipsa stipulatione, quam in ex stipulatu actione poterit objici compensatio. Sitzt der Zweifel in der Futurumsform: poterit? Dann zweifelt Ulpian gewiß auch an der Richtigkeit der in l. 7. pr., l. 10. §. 1., Papinian an der Richtigkeit der in l. 16. pr. §. 17. l. 18. pr. l. 19. h. t. gemachten Behauptungen? Oder sitzt der Zweifel darin, daß Ulpian den Julian, summae auctoritatis hominem, als Gewährsmann anführt?

[5]) Denn diese sind es in der That, wie Dernburg richtig bemerkt hat,

der Klage aus dieser Stipulation geltendzumachen. Denn, mag nun die Intentio einer solchen Klage die Worte gehabt haben: ex fide bona, oder mag sie dieselben nicht gehabt haben: jedenfalls wurde das dare facere oportet oder oportebit ähnlich interpretirt wie die intentio der bonae fidei judicia [6]. Es bedurfte hier also wahrscheinlich gar keiner exceptio zur Compensation. Und daß gerade diese unbestimmte Fassung auf quanti ea res est der Stipulation gegeben wurde, aus welcher die Klage entsprang, der die Compensation entgegenzustellen Julian für noch immer früh genug hielt, erhellt daraus, daß er die Klage selbst actio ex stipulatu nennt [7]. — Wie aber, wenn die Stipulation auf eine bestimmte Summe gerichtet wurde? wie das gewiß recht oft geschah [8]. Dann lautete die Klagformel z. B.: Si paret N^m N^m N^o N^o X. dare oportere, N^m N^m A^o A^o X. condemna etc. Und hier war, bevor Marcus Aurelius auch bei actiones stricti juris die Compensation zugelassen hatte, von Abzug der Gegenforderungen keine Rede mehr. Deshalb muste, wollte man ihre Berücksichtigung sich sichern, gleich bei Eingehung der Stipulation auf die Möglichkeit compensabeler Gegenforderungen Bedacht genommen werden, wodurch denn freilich diese Compensation einen von dem der eigentlichen compensatio necessaria verschiedenen Charakter erhielt.

Was für Gegenforderungen aber waren es denn, welche bei den prätorischen Cautionalstipulationen zur Compensation kamen? Ich kann nicht mit Dernburg glauben, daß man hier die Compensation nichtconnexer Ansprüche zugelassen hätte, während noch Gajus selbst bei bonae fidei judicia nur die Compensation von Gegenforderungen ex eadem causa kennt [9]. Dazu kömmt, daß,

---

quae instar actionis habent. — l. 1. §. 2. D. de stipul. praet. 46, 5. — l. 37. pr. D. de O. et A. 44, 7. — l. 20. D. rat. rem. hab. 46, 8. (vice actionum.) Also nicht gegen jede actio ex stipulatione praetoria hat schon Julian die Compensation gestattet. A. M. Krug, p. 43.

[6]) s. z. B. l. 1. §. 13. D. ut legat. s. fideicommiss. 36, 3. Danach scheint es, als ob die Worte ex fide bona nicht in der Formel gestanden haben, weil nicht aus ihnen, sondern aus der Fassung auf oportebit interpretirt wird. — vgl. auch l. 8. §. 1. l. 12. §. 2. D. rat. rem haberi. 46, 8.

[7]) pr. J. de V. O. 3, 15.

[8]) l. 11. D. de praet. stipul. 46, 5. l. 8. §. 2. D. rat. rem. hab. 46, 8. — s. v. Keller röm. Civilpr. §. 77. (2. Aufl. p. 317.)

[9]) Gaj. IV. 61.

wenn alle möglichen gleichartigen Gegenforderungen bei dieser Classe der prätorischen Stipulationen hätten compensirt werden dürfen, kein Grund abzusehen scheint, weshalb bei allen übrigen prätorischen Stipulationen gar nicht compensirt werden konnte. Ganz anders, wenn auch hier nur connere Ansprüche berücksichtigt wurden: denn solche sind, so viel ich sehe, nur den Cautionalstipulationen gegenüber denkbar. Freilich nicht bei allen, z. B. nicht bei der cautio damni infecti; auch nicht bei der cautio usufructaria u. s. w. Aber bei manchen, und mehr liegt auch nicht in der l. 10. §. 3. cit. Betrachten wir z. B. die cautio legatorum servandorum, welche sich auf die Verpflichtung zur Auszahlung eines betagten oder bedingten oder sonst beanstandeten [10]) Legats bezieht. Aus dem diesfalls zwischen Legatar und Erben bestehenden obligatorischen oder resp. obligationsähnlichen Verhältnisse wird bisweilen auch der erstere dem letztern verpflichtet, nämlich zur Erstattung von Verwendungen auf die legirten Gegenstände [11]), zur Entschädigung für Nachtheile, welche der Erbe durch den legirten Gegenstand oder infolge des Legates erlitten hat. [12]). Oder aus dem obligatorischen Verhältnisse zwischen Mündel und Vormund, dessen wegen der letztere die cautio rem pupilli salvam fore zu leisten hat, kann auch der Pflegbefohlene bekanntermaßen durch Verwendungen des Vormundes verpflichtet werden. Wie jener nun für diese nicht allein mit der actio tutelae contraria haftet, sondern auch durch die Einrede der Compensation gegenüber der directa actio zu deren Zahlung angehalten werden kann [13]): so ist es gewiß als unzweifelhaft zu betrachten, daß sie bei der cautio rem salvam fore Berücksichtigung gefunden haben; denn jene Caution umfaßte alles, was mit der actio tutelae geltendgemacht werden konnte. [14]). Und ebenso wird es gewesen sein bei der cautio legatorum servandorum caussa und den übrigen hierhergehörigen Cautionalstipulationen, z. B. der cautio evicta hereditate legata restitutum iri [15]) u. s. w.

---

[10]) l. 15. D. ut legat. s. fideicomm. 36, 5.

[11]) l. 58—60. D. de legat. I.

[12]) l. 70. pr. §§. 1. 3. l. 116. §. 4. eod.

[13]) l. §. 4. D. de contr. tut. et utili act. 27, 4.

[14]) l. 9. D. rem pup. salv. fore. 46, 6. l. 1. §. 6. eod.

[15]) l. 3. §. 6. D. si cui plus. 35, 3. l. 4. l. 8. eod.

Schließlich mag hier auch die Frage berührt werden, ob noch zu Ulpians Zeit es praktisch gewesen sei bei Eingehung der Stipulation selber in der angegebenen Weise sich die Compensation zusichern zu lassen. Allerdings scheint mit der allgemeinen Zulässigkeit der Aufrechnung die den ersten Grund dafür abgebende Nothwendigkeit weggefallen zu sein. Unnütz jedoch wurde die Vorsicht vielleicht aus folgenden beiden Gründen nicht. Einmal wäre es möglich, daß bereits vor Abschluß der Stipulation Ausgaben gemacht worden, oder Umstände eingetreten waren, die eine Gegenforderung begründeten. Hätte nun hier der Cautionspflichtige statt des quanti ea res est einfach eine bestimmte Summe promittirt, bei deren Festsetzung die etwa noch völlig illiquiden Gegenansprüche nicht berücksichtigt waren: so hätte darin möglicherweise ein Verzicht auf die compensando statthafte Geltendmachung derselben gefunden werden können. Einer solchen Auffassung beugte man sicher vor, falls man, wenn auch nur in einem allgemeinen Vorbehalte, der Compensation seiner Gegenansprüche Erwähnung that. — Erheblicher jedoch ist ein anderer Punct. Einen Anspruch auf Erstattung von Verwendungen hat man nur, wenn entweder einerseits dieselben necessariae oder utiles sind, sofern im letztern Falle die Sache noch verbessert ist; oder anderseits der dominus dazu seine Einwilligung gegeben hat. Der Cautionspflichtige beabsichtigt nun gewisse Verwendungen auf den eventuell geschuldeten Gegenstand zu machen, besorgt aber seine Auslagen nicht ersetzt zu erhalten, wenn er restituiren muß, weil sie nicht zu den nothwendigen gehören, der Begriff aber der nützlichen schwankend ist, oder es geradezu voluptuariae impensae sind. Um nun in seiner Verfügung über den fraglichen Gegenstand nicht allzusehr beschränkt zu werden, läßt sich der Cautionspflichtige vom Cautionsberechtigten die Einwilligung zu gewissen Verwendungen von vornherein geben; und auf welche Weise sollte dies passender geschehen als bei Eingehung der Cautionsstipulation, mag dieselbe auf quanti ea res est oder auf certa pecunia gestellt werden? —

Ich glaube durch diese Auseinandersetzung dargethan zu haben, daß auch l. 10. §. 3. nicht das beweiset, was Dernburg will, daß nämlich die Berücksichtigung compensabeler Gegenforderungen bei Klagen aus prätorischen Stipulationen noch zu Julians Zeit in der Willkür des Richters gestanden habe.

Und hiernach bleibt nur noch übrig die dernburgsche Darstellung von der Entwickelung der Compensation in judicia stricti juris zu prüfen.

§. 10.

c. bei actiones stricti juris.

Nach Dernburgs Darstellung [1]) wäre, wie oben bemerkt, bereits zur Zeit der Kaiser Tiberius und Caligula die Compensation in judicia stricti juris vorgekommen. Freilich nur ausnahmsweise in dringenden Fällen, und nur vermittels einer vom Prätor eigens zu diesem Ende ertheilten exceptio in factum. Der einzige Beleg, welchen Dernburg dafür beibringen kann, ist l. 4. §. 8. D. de doli m. except. 44, 4. [2]) Er giebt nun selber zu, daß in Gemäßheit jener Stelle, falls der vom Beklagten erhobene Entschädigungsanspruch begründet erfunden werde, kraft der exceptio in factum gänzliche Abweisung der Klage eintrete. Wo bleibt denn da die Compensation? deren Zulässigkeit ja schon dadurch ausgeschlossen ist, daß die eine Forderung erst nach Erfüllung der andern fällig wird. Vielmehr handelt es sich hier, wie die Glosse ganz richtig fühlt [3]), um eine Retentionseinrede, die allerdings darin etwas Besonderes hat, daß die Connexität der sie begründenden Gegenforderung nicht auf dem principalen, sondern auf einem accessorischen, dem Pfandcontracte, beruht. Während man nun für andere Fälle der Retention sich aller Wahrscheinlichkeit nach ohne Bedenken der exceptio doli bediente [4]), fand man in der gedachten Eigenthümlichkeit unseres Verhältnisses ohne Zweifel Veranlassung die Frage zu erörtern, ob die allgemeine Fassung der exceptio doli generalis im concreten Falle genüge,

---

[1]) Dernburg, §. 18. p. 179. ff.

[2]) (Ulpian. lib. 76. ad edictum.) Item quaeritur: si uniones tibi pignori dedero, et convenerit, ut soluta pecunia redderentur, et hi uniones culpa tua perierint, et pecuniam petas? Exstat Nervae et Atilicini sententia, dicentium, ita esse excipiendum: Si inter me et te non convenit, ut soluta pecunia uniones mihi reddantur: sed est verius, exceptionem doli mali nocere debere.

[3]) s. oben §. 2. Note 4.

[4]) s. z. B. l. 27. §. 5. i. f. D. de R. V. 6, 1., wo Proculus genannt wird, ein Schüler des Nerva. l. 2. §. 47. i. f. D. de O. J. 1, 2.

den Richter zur Berücksichtigung des materiellen Einrederechts zu bevollmächtigen. Es bezieht sich also die ganze Untersuchung nur auf die Fassung der zugewährenden Einrede; nicht auf eine etwaige Verschiedenheit des materiellen Rechtes, welche die eine oder die andere Fassung der wirklich gewählten Einrede zur Folge habe. Von einer solchen materiellen Verschiedenheit schweigt die Stelle und der ganze Zusammenhang derselben so völlig, daß ich nicht den Grund einsehe, aus dem Dernburg behauptet, die Wirkung der doli exceptio sei nicht steife Abweisung, sondern Minderung der Condemnation gewesen, und eben dies andere, der späteren Zeit mehr angemessene Ergebniß der allgemeineren Fassung sei es gewesen, was Ulpian zu der Behauptung veranlast habe: es müsse die exceptio doli vorgeschützt werden [5]). Ulpian sagt vielmehr nur, wenn die exceptio doli vorgeschützt sei, so müsse sie gegen den Kläger auch aus dem fraglichen Grunde wirken [6]), während die beiden älteren Juristen Nerva und Atilicinus die Zulässigkeit der doli exceptio verneint hatten, indem sie sagten: es müsse in factum excipirt werden. Die Stelle gehört mithin gar nicht hierher. Und mit ihr hat Dernburgs Behauptung, anfangs sei die Compensation bei stricti juris judicia vom freien Ermessen des Prätors abhängig gewesen, die einzige Stütze verloren.

Wir kommen zu einer ferneren Behauptung Dernburgs. Zu Julians Zeit sei die Compensation vom Belieben des Magistrats freilich schon emancipirt gewesen [7]); dagegen habe es beim Richter gestanden, falls dessen Vollmacht mittels der in die Formel

---

[5]) s. Derburg p. 189. sub. 3. Was die Frage anlangt: Minderung oder Abweisung, so scheint es mir völlig gleichgültig zu sein, ob die exceptio in factum oder allgemein in dolum concipirt gewesen.

[6]) vgl. l. 2. §. 5. eod. (Ulp. lib. 76. ad ed.) Et generaliter sciendum est, ex omnibus in factum actionibus doli oriri exceptionem. pp. Die meisten der in der l. 2. wie in der, aus demselben Buche genommenen, l. 4. eod. folgenden Untersuchungen enthalten nur Anwendungen dieses allgemeinen Satzes, so auch unsere l. 4. §. 8.

[7]) Hieran zweifelt z. B. Unterholzner, Schuldverhältnisse §. 255. Note m., welcher aus l. 15. D. de comp. 16, 2. folgert, daß schon vor M. Antoninus (Aurelius) die Compensation bei actiones stricti juris mittels der exceptio doli herbeigeführt sei. Allein Javolenus redet in jener l. 15. wohl vom Argentarius. s. unten §. 19.

gesetzten exceptio doli erweitert worden sei, auf einem Umwege die Compensation herbeizuführen. — Den Beweis aber dafür findet Dernburg nach dem Vorgange Brinzens und dem Beispiele von Scheurls — worin? in l. 2. D. de comp. 16, 2. von Julian:

Unusquisque creditorem suum eundemque debitorem petentem summovet, si paratus est compensare.

Es ist das summovet, was aus einem doppelten Grunde auf judicia stricta hinweisen soll [8]). Zunächst, weil es Abweisung infolge einer doli exceptio; — sodann weil es in Verbindung mit dem unusquisque eine, stets eintretende, gänzliche Abweisung bezeichne, die bei actiones bonae fidei doch immer nur dann, und auch dann nur ipso jure, habe vorkommen können, wenn der Betrag der Gegenforderung denjenigen der Hauptforderung erreicht oder überstiegen habe. — Zur Unterstützung der erstern Behauptung führt Brinz mehrere Aeußerungen desselben Julians an, worin allerdings die Verbindung von summoveri und exceptione doli vorkömmt [9]). So gut und gewöhnlich indeß dieselbe ist: so wenig ist sie nothwendig. Nach Brinzens eigner, und hierin gewiß richtiger, Ansicht über das ipso jure compensari darf bei dem summovet, wie es jetzt in unserer Stelle steht, gar nicht mehr an eine exceptio gedacht werden; warum muste zu Julians Zeit das Gegentheil gelten? Obendrein findet sich der fragliche Ausdruck wie bei andern classischen Juristen, so nicht minder bei Julian selber ohne Rücksicht auf eine exceptio [10]). Was die andere Behauptung betrifft; so berufe ich mich auch hiewider vor allem auf die jetzige zweifellos allgemeine Bedeutung der Stelle. Unusquisque — summovet heist es. Wie oft wird infolge der Compensation eine Minderung der Condemnation eintreten! und ge-

---

[8]) Brinz, die Lehre. §. 26. p. 77. ff. — von Scheurl, Beiträge zur Bearbeitung des Röm. Rechts. Erlangen 1856. Nro. VII. Compensation. p. 159. f. p. 175. — Dernburg c. l. p. 184. p. 236.

[9]) l. 28. D. de A. E. E. V. 19, 1. l. 7. §. 1. l. 4. §. 32. D. de doli m. exc. 44, 4.

[10]) s. z. B. Gaj. II. 122. 164. 176. 177. III. 66. 71. — l. 40. pr. D. de condit et demonstr. 35, 1. (Javolen.) l. 70. eod. (Papin.) und in unmittelbarer Beziehung auf eine Klage l. 7. §. 9. D. de oper. libert. 38, 1. (Paull.) l. 20. pr. D. de bon. libert. 38, 2. (Julian.) — s. auch l. 5. und l. 6. Cod. de inoff. donat. 3, 29.

schähe es selbst unter tausend Malen nur Ein einziges Mal, — mit welchem Rechte stünde, wenn summovet gänzliche Abweisung hieße: unusquisque, das so entschieden wie möglich die Ausschließlichkeit des Behaupteten ausspricht [11])? Wenn aber summovet im justinianeischen Latein die völlige Abweisung nicht zu bedeuten braucht, woraus folgt, frage ich hier abermals, daß es dieselbe zu Julians Zeit bedeuten muste? Und auch hier fehlt es nicht an andern Belegen, daß bei classischen Juristen ein pro parte summoveri vorkomme [12]).

Damit dürfte es klar sein, daß das Wort summovet weder allein noch in Verbindung mit dem unusquisque zu der Annahme zwingt: Julian habe von der Compensation bei stricti juris judicia gesprochen.

Immerhin jedoch bliebe es an sich denkbar, daß er wirklich von solchen Klagen geredet hätte. Allein, es fehlt nicht blos an jeglicher Spur eines positiven Beweises dafür, daß bereits vor Marcus Aurelius mittels einer exceptio doli auch bei actiones stricti juris die Compensation, wenn schon auf einem Umwege, habe herbeigeführt werden können [13]); — nein, im Gegentheile: es spricht alles dawider. Aus dem tiefen Stillschweigen der justinianeischen Rechtsbücher will ich nichts schließen; ich will es sogar mit von Scheurl, Dernburg u. a. [14]) erklärlich finden, daß

[11]) Dies hat v. Scheurl übersehen, wenn er p. 189. meint, die Einschaltung etwa der Wörter pro parte vor summovet hätte deshalb unterbleiben können, weil es immer möglich sei, daß die Gegenforderung an Betrage der Klagforderung nicht nachstehe.

[12]) l. 17. §. 2. D ad SC. Vellej. 16, 1. (African.) Hier soll nach der herrschenden Ansicht das pro parte freilich auf Interpolation beruhen. v. Scheurl c. l. p. 188. Zweifellos dagegen ist arg. a contrario Gaj. II. 177. wo es heißt: in universum summovetur. s. auch Gaj. III. 66. quamvis id sufficiat, ut ab omni hereditate pratris sui summoveantur, tamen in bonis Latini, nisi nominatim a parente fuerint exheredati, potiores erunt extraneis heredibus. Gaj. IV. 117. Ebenso Paullus in l. 27. §. 6. D. de pact. 2, 14. Totam obligationem summoveri.

[13]) Denn, daß die von Dernburg p. 185. Note 1. angeführten l. 7. §. 2. und l. 32. §. 9 D. de donat. int. vir. et ux. 24, 1. nicht von unserer Compensation im technischen Sinne handeln und folglich nichts austragen: das bedarf wohl keines Beweises. Und wo bliebe obenein die exceptio doli, vermittels deren compensirt sein soll?

[14]) v. Scheurl c. l. p. 160. Dernburg p. 184. unten s. Unterholzner c. l.

Gajus in seinen Institutionen von dieser auf einem Umwege künstlich zuvermittelnden Compensation da schweigt, wo er doch so ausführlich über die verschiedenen Arten der Compensation handelt. Aber wie verträgt sich die Hypothese Brinzens, von Scheurls und Dernburgs mit den deutlichen Worten des Theophilus [15]? Es soll, heist es bei diesem, der mit einer actio stricti juris z. B. auf 10 Solidi Belangte, selbst wenn er seinerseits eine Gegenforderung von 5 Solidi hätte, nichtsdestoweniger in die volle Summe von 10 Solidi verurtheilt werden. — Die Ausflucht wäre wahrhaftig allzuwohlfeil, Theophilus habe nur von dem Falle reden wollen, wo der Beklagte vergessen, eine doli exceptio in die Formel setzen zu lassen. O nein! der Compensation halber konnte der Beklagte vor Marcus Aurelius gar keine doli exceptio sich ausbitten. Denn wie fährt Theophilus fort? So war es, sagt er, nach der alten Strenge. Kaiser Marcus aber erließ eine Constitution, welche bestimmt, daß jemand, auf die Zahlung von 10 Solidi belangt, falls ihm dawider 5 Solidi geschuldet werden, der Klage die exceptio doli vorschützen könne; und durch die Vorschützung dieser Einrede wird, sagt Theophilus, dem Richter die Möglichkeit gegeben die Compensation zuzulassen und den Beklagten auf bloße 5 Solidi zu verurtheilen [16]. Läst sich aus dieser Darstellung etwas Anderes herauslesen, als daß nicht allein der Erfolg der doli exceptio, sondern auch ihre Statt-

---

[15]) ad §, 30. J. de act. 4, 6. — *ἐπὶ δὲ τῶν στρίκτων, ἐπειδὴ τῆς ἀκριβείας αὐτῆς γίνεται λόγος, εἰ κινῶν τις κατ' ἐμοῦ περὶ ι νομισμάτων τυχὸν, εἰ καὶ ἀντεποφείλει ε νομίσματα, εἰς τὰ ι οὐδὲν ἧττον καταδικασθήσομαι.* (in strictis autem, quia ipsius rigoris habetur ratio, si quis adversus me agens forte de solidis X., etsi invicem V. debet, nihilominus in X. condemnabor.)

[16]) *Καὶ ταῦτα μὲν, ὅσον ἐκ τῆς ἀκριβείας αὐτῆς. διάταξις δὲ γέγονε Μάρκου τοῦ βασιλέως, ἥτις φησὶν, ἐναγόμενόν με στρίκτα ἀγωγῇ περὶ ι νομισμάτων καὶ ἀντεποφειλόμενον ε, δύνασθαι ἀντιτιθέναι τῇ ἀγωγῇ τὴν τοῦ δόλου παραγραφήν. καὶ τῆς τοιαύτης ἀντιτεθείσης παραγραφῆς χώρα δίδοται τῷ δικαστῇ δέξασθαι τὴν κομπενσατίωνα, καὶ εἰς ε μόνα καταδικάσαι νομίσματα.* (Atque haec quantum ex ipso rigore: sed facta est constitutio Marci imperatoris, quae ait, me stricta actione conventum de solidis X., quum mihi deberentur V., posse actioni opponere exceptionem doli: atque hac opposita exceptione, judici occasio datur admittendi compensationem et in solos V. solidos condemnandi.)

haftigkeit in solchem Falle erst durch Marcus Aurelius angeordnet sei?

Die l. 2. cit. hat in der That in ihrer ursprünglichen Bedeutung gewiß nur von judicia bonae fidei gesprochen. Freilich kann man auch bei dieser Annahme nicht umhin eine Interpolation vorauszusetzen, wodurch jener beschränktere Sinn sich in den gegenwärtigen allgemeinen verwandelt hat. Aber um eine solche Voraussetzung ist auf keine Weise wegzukommen [17];) und die Anhänger der entgegenstehenden Ansichten müssen außer den die Beziehung der Stelle auf stricta judicia enthaltenden Worten ferner mindestens die Wörter doli exceptione für gestrichen erachten. Zudem würde das unusquisque angesichts der actio cum compensatione des argentarius sowie der deductio bei den Klagen des bonorum emptor sich schwerlich als echt vertheidigen lassen, wenn die Stelle wirklich von actiones stricti juris gesprochen hätte. Ja, die verschiedenen Versuche jenen räthselhaften Umweg zu beschreiben, worauf die Compensation bei solchen Klagen mittels der doli exceptio herbeigeführt worden, — diese verschiedenen Versuche nöthigen, mit Ausnahme vielleicht des von Brinz angestellten, an noch mehrere Ausmerzungen von Tribonians Hand zu glauben [18]). — Nach meiner Ansicht braucht

[17]) Denn dagegen, daß Julian die Stelle in ihrer gegenwärtigen Allgemeinheit geschrieben hat, spricht alles das, was ihrer ursprünglichen Beziehung auf stricti juris actiones entgegensteht. Ferner: zu Julians Zeit hätte die Wirkung der behufs Geltendmachung einer compensabelen Gegenforderung einer actio stricti juris hinzugefügten exceptio doli gemäß der so bestimmten Erklärung des Theophilus ad §. 30. cit. höchstens gänzliche Abweisung der Klage sein können. Es würde also Julian, falls er jenen Satz so geschrieben, wie er jetzt dasteht, das summovet nicht blos von verschiedenen Ursachen, sondern auch von verschiedenen Wirkungen je nach der Klagart gesagt haben: eine Nachlässigkeit des Ausdrucks, die einem Julian gewiß nicht zuzutrauen ist.

[18]) Weil die Haltlosigkeit dieser Versuche ein neues Argument gegen die Richtigkeit ihrer Voraussetzung ist, will ich sie in kurzem darzustellen nicht unterlassen. — 1) Brinz c. l. §. 28. p. 82. §. 29. p. 84. meint, wenn der Kläger nicht spätestens im Litiscontestationstermine auf das Compensationsbegehren des Beklagten eingegangen sei: so habe der judex ihn dann kraft der doli exceptio völlig abgewiesen, falls die thatsächlichen Bedingungen des fraglichen Begehrens dargethan worden. — Zu geschweigen der von Brinz §. 29. p. 83. f. anerkannten schreienden Härte, die dieses auf vermeintlicher Billigkeit beruhende Verfahren mit sich gebracht hätte, ohne daß die Römer davor zurückgeschreckt wären, spricht gegen Brinz, wie auch Dernburg p. 184. be-

merkt, die Zusammenstellung der Präsentia: paratus est und summovet Julian würde ähnlich wie in l. 28. D. de a. e. e. v. 19, 1. entweder summovebit oder paratus erat gesagt haben. s. auch l. 21. §. 9. D. de recept. qui arb. 4, 8. (Ulp.) Si paratus sit, in eundem compromittere, actionem denegari, aut exceptione tutum fore. — Möchte indeß jemand das summovet wie das paratus est auf das Verfahren im Litiscontestationstermine beziehen, wofür das petentem — s. oben §. 6. Note 6 — einigen Anhaltspunct zu gewähren scheint; so erwäge er, daß ein Zurückschlagen des Klagangriffs auf diese Weise durchaus nicht die nothwendige Folge — und davon ist doch die Rede — von dem Vorbringen einer Gegenforderung sein könne. Denn, so oft es der Kläger vorziehen würde bei so bewendeten Dingen noch vor der Litiscontestation seine Bitte um die Klagformel zurückzunehmen: so würde er dazu doch nur durch denegatio actionis abseiten des magistratus gezwungen werden können. Allein eine denegatio actionis würde absolute Liquidität der zur Compensation gebrachten Gegenforderung voraussetzen; — in allen andern Fällen dürfte die formula actionis schwerlich verweigert werden. — 2) v. Scheurl, der freilich p. 159. f. mit Brinz übereinzustimmen scheint, nimmt p. 165. an, daß der Kläger den nachtheiligen Folgen einer Abweisung durch Eingehen auf die ihm in jure oder schon früher angetragene Compensation noch in judicio habe entgehen können, so daß dann der Beklagte nur in den etwaigen Ueberschuß verurtheilt worden sei. — Allein, war es noch zu Gajus Zeit bestritten, ob die völlige Befriedigung des Klägers zwischen Litiscontestation und Urthel auch in judiciis strictis Absolution zur Folge haben müsse: so konnte es zu Julians Zeit nicht feststehen, daß eine theilweise Befriedigung in jenem Proceßstadium eine Condemnation nur auf den Rest nach sich ziehe; zweifelhaft besonders dürfte dies bei condictiones certi gewesen sein. Jedenfalls dünkt es mich folgewidrig, hier eine theilweise Condemnation, infolge einer begründeten exceptio dagegen stets gänzliche Abweisung anzunehmen, wie v. Scheurl p. 186 ff. es thut. Am wahrscheinlichsten also wäre es, daß der Richter, der ebensowenig völlig absolviren, als zum Theil condemniren dürfen, weil die intentio völlig begründet, die doli exceptio aber durch das Eingehen des Klägers auf die Compensation entkräftet war, habe völlig condemniren müssen. Gegen die daraus dem Beklagten entspringenden Nachtheile hätte derselbe sich dann durch das pactum sichern können, daß ein der zur Compensation gebrachten Gegenforderung entsprechender Theil der Condemnationssumme nicht solle ausgeklagt werden. Allein: diese Annahmen entbehren jedes Grundes der Quellen. — 3) In noch weit höherem Maße gilt dies von Dernburgs Darstellung p. 183. f. Danach hätte der Richter den Parteien auferlegt ihre Forderungen bis zum gleichen Betrage zu compensiren, und den Beklagten verpflichtet, den etwaigen Ueberschuß zu zahlen oder zu spondiren: dann habe er absolvirt. Habe sich jedoch der Kläger hartnäckig auf die Compensation einzugehen geweigert, so sei er völlig abgewiesen; habe sich der Beklagte geweigert, der auferlegten Verpflichtung nachzukommen, so sei er völlig verurtheilt. —

nur etwa der Ausdruck: in bonae fidei judiciis vor unusquisque von den Compilatoren gestrichen zu sein: eine Veränderung, die gewiß ebenso einfach auszuführen als leicht zu glauben ist. Und Julian hätte dann ein Dreifaches in jener Stelle ausgedrückt. Erstens in den Worten: In bonae fidei judiciis unusquisque die allgemeine Zulässigkeit der Compensation bei den gedachten Klagen im Gegensatze zu der bei stricti juris judicia vorkommenden compensatio blos des argentarius und deductio blos des bonorum emptor. Zweitens in den Worten: petentem summovet das Eigenthümliche dieser nothwendigen, gerichtlichen, Compensation gegenüber der in den übrigen obligatorischen Verhältnissen allein statthaften außergerichtlichen vertragsmäßigen Compensation [19]). Drittens in den Worten: si paratus est compensare, daß die Compensation bei judicia b. f., wiewohl sie ipso jure eintrete, doch durchaus vom Belieben des Beklagten abhängig, mithin nicht vom Richter ex officio zu berücksichtigen sei [20]). In den Worten: creditorem suum eundemque debitorem endlich liegt die nothwendige Voraussetzung der Compensation freilich sehr kurz, aber insofern erschöpfend ausgesprochen, als das eundem zugleich auf die Gleichartigkeit und den gleichen Betrag der Gegenforderung hinweist, etwa wiederzugeben: soweit derselbe dasselbe schuldet; — eine inhaltsreiche Bedeutung, die es bei Julian selber, dünkt mich, ebensowohl haben konnte, als es sie bei Justinian ohne Zweifel haben muß. —

---

[19]) Dies petentem ist bei Dernburg nicht mitabgedruckt. Es wäre auch nach der andern Auffassung neben doli exceptione ziemlich müssig. Anders neben summovet allein, welches nicht blos bei Klagen gesagt wird.

[20]) Krug, die Lehre, §. 23. p 64. f. sieht in diesen Worten den bestimmten Hinweis auf den Verzicht auf anderweite Geltendmachung der zur Compensation gebrachten Forderung, den der Beklagte in bonae fidei judiciis ursprünglich habe leisten müssen. Außer der l. 2. findet Krug einen äußeren Grund dieser Ansicht nur noch in l. 21. eod., indem die Worte: quoniam nihil compensat gerade die weggefallene Nothwendigkeit dieses Verzichtes, der einzigen Selbstthätigkeit des Compensirenden, bezeichnen (ipso jure compensari). Die innere Begründung dieses Verzichtes soll darin liegen, daß die compensationsweise geltendgemachte Forderung, weil in der intentio nicht erwähnt, nicht in judicium deducirt, also nicht consumirt worden sei. — Eine Widerlegung dieser Ansicht ist wohl nicht nöthig; denn so hübsch sie ist: so wenig Quellenboden hat sie.

Nach allem diesem dürfte es also kein Zeugniß dafür geben, daß in judicia stricti juris vor Marcus Aurelius die Compensation vorgekommen sei, abgesehen natürlich von den Fällen des argentarius und des bonorum emptor[21]).

Es hindert uns mithin kein innerer Grund den §. 30. J. de act. cit. so zu verstehen, daß erst Marcus Aurelius durch ein Rescript die Compensation bei judicia stricti juris eingeführt habe. Allein können die Worte jener Stelle das bedeuten? Dernburg[22]) wirft dieser Uebersetzung vor, sie sei sprachwidrig. Denn einmal heiße es ex rescripto, nicht rescripto, also seit einem Rescripte; dann werde nicht gesagt, das „Compensationsrecht" wurde eingeführt, sondern „Compensation" fand Eingang, oder noch genauer: pflegte Eingang zu finden. — Allerdings entspricht das lateinische ex unserm deutschen durch keineswegs. Aber etwas Anderes ist es, ob der Inhalt zweier Wörter sich decke, etwas Anderes, ob man in einzelnen Wendungen das eine durch das andere wiedergeben könne. Und gewiß läßt sich das ex manchmal am besten ausdrücken mittels unseres durch. So oft in Verbindung mit lege, senatusconsulto, edicto, rescripto u. s. w.[23]). Dagegen möchte es ziemlich schwierig sein nur Eine

---

[21]) Ueber l. 4. D. h. t. s. unten §. 19. — J. A. M. Albrecht, Die Exceptionen des gemeinen teutschen Civilprozesses, München 1835. führt freilich p. 88. Note 10. noch l. 14. D. de mort. caussa donat. 39, 6. von Julian an; allein diese Stelle redet augenscheinlich von der Retention. — Endlich wäre noch zu erwähnen Seneca de beneficiis. lib. VI. c. 4. §. 2., welche Stelle Dernburg p. 183. Note 1. anführt. Nur freilich thut er gut sein „vielleicht" beizufügen; denn Seneca spricht in der That nicht von der eigentlichen Compensation, sondern von der Widerklage. s. §. 5. eod. aestimatione facta debitor discede, qui creditor veneras. s. auch Dernburg p. 271. ff.

[22]) p. 186. Note 2. auch im Conterte.

[23]) s. z. B. Brisson. de V. S. ed. Heinecc. sub v. ex. Nro. 6. Ex pro ob, secundum, ex caussa, immo et per. — vgl. z. B. §. 5. J. de tutel. 1, 13. und dazu Schrader nota crit. ex] Significatur autem omnino voce ex ea quoque res, quae ipsa agit et efficit. §. 41. J. de R. D. 2, 1. Schrader not. crit. ex lege] und Note lege duodec. tab.] §. 3. J. de test. ordin. (ex const. inventum est) 2, 10. pr. J. quib. non est permiss. 2, 12. pr. J. de hered. instit. 2, 14. §. 1. J. de inoff. test. 2, 18. §§. 2. 23. J. de legat. 2, 20. §. 8. J. de legit. agn. succ. 3, 2. (quod ex nostra constitutione omnimodo inducitur.) §. 7. Q. de injur. 4, 4. (poena.., quae ex XII. lege tab. introducta est.) pr. J. de perp. et temp. act. 4, 12. §. 1.

einzige Stelle ausfindig zu machen, worin ex in solcher Verbindung durch seit übersetzt werden müßte. Was Dernburg ferner über Compensation und Compensationsrecht sagt, ist schon oben erledigt [24]. Ob endlich das in Justinians Institutionen gebrauchte Imperfectum inducebatur übersetzt werden könne: „fand Eingang" — „pflegte Eingang zu finden" — darüber will ich nicht streiten; nothwendig scheint es mir nicht jener Zeitform diesen Sinn unterzulegen. Der Grund, weshalb sie, nicht das Perfectum, gebraucht worden liegt, dünkt mich, einfach darin, daß zu Justinians Zeit die Wirksamkeit der fraglichen Verfügung, wie Theophilus in den Worten: ταῦτα μὲν οὖν ἐκ τῶν παλαιοτέρων διατάξεων (haec igitur ex constitutionibus veterioribus [25]) vielleicht

J. de poen. temere litig. 4, 16. — vergl. übrigens auch Schrader ad §. 6. J. de hered. quae ab intest. 3, 1. Saepe — apud minus diligenter scribentes ex legibus accipiendum est . . . ex legibus sententia. (l. 6. §. 1. D. de V. S. 50, 16.) — s. auch pr. J. de V. O. 3, 15. ex operis acquiri z. B. in §. 4. J. per quas pers. nob. acquir. 2, 9. §. 1. J. per quas. pers. nob. obl. acquir. 3, 28. Gaj. III. 165. u. s. w.

[24]) s. oben §. 5. Note 10. und den Text dazu. — Wenn übrigens vor M. Aurel bei judicia stricti juris überall nicht compensirt wurde: so, dünkt mich, ist es ein leerer Wortstreit, ob man sagen müsse: die Compensation fand infolge eines Rescriptes von jenem Kaiser Eingang (und daß ex infolge, in Gemäßheit heißt, steht wohl unzweifelhaft fest. s. Brisson c. l. ex lege, i. e. secundum legem; ex rescripto, i. e., vi rescripti u. s. w. Forcellini sub h. v. ex saepe pro secundum aut pro. Innumerata praeterea sunt, quae huc pertinent: ex lege, ex edicto pp.); oder sie wurde durch ein Rescript von jenem Kaiser eingeführt. Es kömmt alles auf jene historische Voraussetzung an. Donellus wechselt deshalb auch unbekümmert mit der Ausdrucksweise; bald wendet er das inducere compensationem von der Geltendmachung der Compensation im einzelnen Processe an z. B. Comm. de jur. civ. lib. 16. c. 15. Nro. 38. Comm. ad l. 4. Cod. h. t. Nro. 12. Comm. ad tit. Inst. de act. ad §. in b f. Nro. 5.; bald von der Einführung der Compensation in judicia stricta überhaupt durch M. Aurelius, z B. an letzter Stelle Nro. 4.

[25]) Dieser Comparativ dürfte kaum ohne Bedeutung sein; er bezeichnet, daß noch eine Rechtsbildung zwischen Marcus Aurelius und Justinian liege. Wo Theophilus sonst von altem Rechte spricht, steht ganz einfach der Positiv, z. B. §. 8. h. t. §. 10. de except. 4, 13. §. 3. de libert. 1, 5. §. 6. quib. mod. jus patr. potest. solv. 1, 12. §. 3. de Atil. tut. 1, 20. §. 40. de rer. div. 2, 10. pr. quib. non est permiss. 2, 12. §. 1. §. 10. de test. ordin. 2, 10. (καὶ ταῦτα μὲν παρὰ τοῖς παλαιοῖς.) vgl. übrigens auch ibid. i. f. (ἡ διάταξις τῶν παλαιοτέρων βασιλέων), wo der Fall möglicherweise ähnlich liegen kann, wie in unserer Stelle, vorausgesetzt nämlich,

andeuten will; wie durch eine ganze Reihe von Pandektenstellen zu beweisen ist, längst hinweggefallen war: sie ist eben kein perfectum praesens mehr, und deshalb im Vergleich zu Justinians Bestimmungen zu unbedeutend, als daß Tribonian sie wie eine selbständige historische Thatsache hätte hinstellen dürfen, was Gajus ohne Zweifel gethan haben würde, wenn er jene Verordnung bei Abfassung seiner Institutionen überhaupt gekannt hätte.

War es indeß auch erst Marcus Aurelius, welcher die Compensation mittels einer doli exceptio bei judicia stricti juris einführte, so muß nichtsdestoweniger behauptet werden, daß schon er dem mit einem solchen judicium Belangten ein Recht auf die Compensation ertheilt hat. Die oben abgedruckten Worte des Theophilus ergeben das unmittelbar. Denn wenn es dort heist: (ἡ) *διάταξις — φησὶν, ἐναγόμενόν με στρίκτῳ ἀγωγῇ περὶ ί νομισμάτων, καὶ ἀντεποφειλόμενον έ, δύνασθαι ἀντιτιθέναι τῇ ἀγωγῇ τὴν τοῦ δόλου παραγραφὴν* — so ist offenbar von einer unbedingt allgemeinen rechtlichen Möglichkeit des Beklagten die Rede, d. h. von einem unbedingten Rechte desselben. Hat er aber ein Recht auf die Ertheilung der exceptio doli, weil er eine compensabele Gegenforderung hat: so muß er auch, falls jenes nicht völlig illusorisch sein soll, ein Recht darauf haben, daß der Richter seine compensabele Gegenforderung berücksichtige, soweit in deren Nichtberücksichtigung ein dolus des Klägers liegt. Wir sind hier nun in Betreff des richterlichen Ermessens genau auf demselben Puncte wie bei den judicia bonae fidei, wo es sich darum handelte: wann wird die Compensation von der bona fides geboten? [26]) Nur mit dem vielleicht nicht unerheblichen thatsächlichen Unterschiede, daß gerade das besprochene Rescript des Kaisers Marcus für den hier schließlich allein maßgebenden Begriff des dolus einfürallemal bestimmend gewesen sein mag, während derartige äußere Auctoritäten nicht mitwirkten, um den Inhalt der bona fides in der fraglichen Beziehung festzustellen. Wenn

---

daß die fragliche Constitution älter ist, als der durch die alten (Positiv) Juristen ertheilte Rath von der Erlaubniß, die in jener Constitution gegeben worden, keinen Misbrauch zu machen — vgl pr. J de hered. instit. 2, 14. (licebat.) — Damit wäre Tribonian gegen den Vorwurf falscher, aber freilich nicht gegen den undeutlicher, historischer Darstellung gerettet.

[26]) s. oben §. 8. p. 70.

wir dies nun als gewiß annehmen dürfen, so hätten wir damit das Ergebniß nicht nur, daß infolge jenes Rescriptes die Richter verpflichtet waren in Gemäßheit der doli exceptio auf eine compensabele Gegenforderung des Beklagten Rücksicht zu nehmen, wo sie fanden, deren Nichtberücksichtigung vonseiten des Klägers sei dolos; sondern auch, daß sie die Nichtberücksichtigung derselben stets dolos fanden: mithin überall die Compensation zur Anwendung brachten.

Dernburg freilich muß dem widerstreiten. Nach ihm ist ja die Compensation zum objectiven Rechte der Parteien erst geworden infolge der allgemeinen Uebereinstimmung unter den Juristen [27]). Folglich kann nicht schon Marcus Aurelius dasselbe bewirkt haben. Und soviel ist gewiß, daß, wenn meine Ansicht über die Bedeutung des fraglichen Rescripts die richtige ist, Dernburgs Ansicht über diejenige des ipso jure verkehrt sein muß. —

Wir gelangen schließlich zu derjenigen Stelle, welche als sprachliche Hauptgrundlage der dernburgschen Ansicht über ipso jure compensari dient. Es ist dies l. 36. D. de administr. tut. 26, 7. (Papinian.) [28])

Inter tutores divisa tutela: aequitas, quae merum jus compensationis inducit, propter officium et personam agentis tutoris non differtur. nam divisio tutelae, quae non juris, sed jurisdictionis est, modum administrationi facit et inter ipsos locum habet, nec experiri cum pupillo volentibus obstare debet.

Es erhelle aus dieser Stelle, daß die Compensation merum

---

[27]) l. 21. D. de comp. 16, 2. — postea quam placuit inter omnes, ipso jure compensari. Dernburg p. 330. p. 186. p. 311. An der letzten Stelle ist die Sache freilich einigermaßen zweifelhaft. Es heißt dort: „aber auch in strictis judiciis wird seit Marc Aurel ein Recht auf Compensation zugestanden." Doch, dies ist wohl nicht dasselbe seit wie p. 186. „seit einem Rescripte von Marc Aurel." Oder wäre „das Eingang zu finden pflegen" an letzter Stelle nur ein anderer Ausdruck für: „als Recht der Parteien angesehen werden"?

[28]) Daß ich diejenigen Stellen, welche schlechthin von jus compensationis und dergl. sprechen, auf sich selbst beruhen lasse, wird mir sicherlich niemand verargen. s. Dernburg p. 311. — Was die l. 36. cit. anbetrifft, so hat schon Brinz, Noch einmal: Ipso jure comp. bemerkt, daß Dernburg dieselbe verstümmelt hat abdrucken lassen; sie bricht bei ihm mit differtur ab.

jus sei, d. h. gemeines, jedem zuständiges Recht; und nun ergebe l. 16. D. de minor. 4, 4., daß Ulpian die Ausdrücke merum jus und ipsum jus als synonym gebrauche. Es werde also auch durch den Ausdruck ipso jure compensatur nichts Anderes ausgesprochen werden als der Gedanke, daß Compensation nun ein allgemein feststehendes Recht der Parteien geworden sei, nach den Grundsätzen des Rechtes selbst einzutreten habe [29]).

Um die Richtigkeit jener Combination zu prüfen, dürfen wir uns der Mühe nicht entziehen die l. 16. cit. durchzulesen, soweit sie für uns in Betracht kömmt.

In caussae cognitione etiam hoc versabitur, num forte alia actio possit competere citra in integrum restitutionem. Nam si communi auxilio et mero jure munitus sit, non debet ei tribui extraordinarium auxilium: utputa cum pupillo contractum est sine tutoris auctoritate, nec locupletior factus est. §. 1. Item relatum est apud Labeonem, si minor circumscriptus societatem coierit vel etiam donationis caussa, nullam esse societatem nec inter majores quidem: et ideo cessare partes praetoris. Idem et Ofilius respondit: satis enim ipso jure munitus est. §. 2. Pomponius quoque refert libr. 28., quum quidam heres rogatus esset fratris filiae complures res dare ea conditione, ut, si sine liberis decessisset, restitueret eas heredi; et haec, defuncto herede, heredi ejus cavisset, se restituturam: Aristonem putasse in integrum restituendam. Sed et illud Pomponius adjicit, quod potest incerti condici haec cautio, etiam a majore: non enim ipso jure, sed per condictionem munitus est. §. 3. Et generaliter probandum est, ubi contractus non valet, pro certo praetorem se non debere interponere etc.

Wer möchte leugnen, es sehe aus, als ob das principium und §. 1. für Dernburg sprechen, insofern sie nämlich die Identität von merum jus und ipsum jus darzulegen scheinen? — Allein lesen wir weiter!

---

[29]) Dies Ergebniß ist übrigens bereits von C. A. Fabrotus in seiner früheren Ausgabe des Theophilus, Paris. 1638. ad §. 30. J. de act. 4, 6. Note q. p. 744. (244) aufgestellt, wo freilich, aber offenbar durch Versehen, statt l. 36. l. 26. D. de adm. tut. citirt ist, ein Versehen, das auch in die reitzesche Ausgabe. ad h. l. Note h. übergegangen ist. —

In §. 2. ist von einem Falle die Rede, in welchem jemand, der irrthümlich eine Caution geleistet hat, gegen die Klage daraus zwar nicht ipso jure, aber per condictionem (sc. indebiti) geschützt ist. Sollte nun Ulpian die condictio indebiti nicht für ein allgemein feststehendes, für jus merum gehalten haben? — Dennoch sagt er, ipso jure sei hier der Promittent nicht geschützt [30]). Ich besorge daher, daß auch Cujacius irre, wenn er ipsum jus und merum jus für gleichbedeutend ausgiebt [31]). Der Schluß über das Verhältniß jener beiden Ausdrücke zu einander, den man aus l. 16. pr. §§. 1. und 2. machen kann, ist wohl nur der, daß alles, was ipso jure geschieht, auch mero jure geschieht, keinesweges aber der umgekehrte, daß alles, was mero jure geschieht, auch ipso jure geschehe.

Folglich beweist auch Papinians Ausspruch: aequitas, quae merum jus compensationis inducit — nicht das Allergeringste für die Bedeutung unseres Satzes: compensatio fit ipso jure.

Mero jure geschehe etwas, wird, glaube ich, von demjenigen gesagt, was auf dem gewöhnlichen Wege richterlicher Entscheidung durchgesetzt werden kann, einerlei übrigens, ob der Rechtssatz, in Gemäßheit dessen diese Entscheidung erfolgt, auf dem jus honorarium oder auf dem jus civile in diesem Sinne beruht [32]). Den Gegensatz zu merum jus bildet die jurisdictio magistratus im weitesten Sinne [33]), wie das aus l. 37. cit. sich unmittelbar ergiebt. Namentlich gehört dahin auch die extraordinaria ipsius praetoris cognitio, also u. a. die in integrum restitutio.

---

[30]) Ueber die Bedeutung der Stelle s. v. Vangerow, Lehrb. Bd. I. §. 177. p. 341. sub 4. — vgl. unten §. 24.

[31]) Cujacius, Comm. in lib. 1. quaest. Paulli. Merum jus et ipsum jus idem est. — Auch in den späteren Ausgaben des Brissonius findet sich diese Bemerkung; die Ausg. Frankfurt 1587. hat sie noch nicht.

[32]) Brinz c. l. kömmt zu dem Ergebnisse, daß merum jus im Gegensatze stehe zu jus honorarium; denn einem Rechte, in das sich der Magistrat mische, — und ein solches sei das honorarium jus (lex Cornelia? cf. oben §. 8. Note 8.) möge man sehr wohl ein reines Recht entgegensetzen. — Merum jus wäre also gleichbedeutend mit jus civile in diesem Sinne.

[33]) d. h. im Gegensatze zum imperium merum: 1) die jurisdictio im engern Sinne, das eigentliche jus dicere; 2) die legis actio; extraordiniaria cognitio; 3) die s. g. jurisdictio tutelaris etc. s. v. Keller, röm. Civilpr. 2. Aufl. Note 31. und rücksichtlich des Folgenden §. 1. a. E.

Ipso jure dagegen steht in l. 16. §. 2. keineswegs im ausschließlichen Gegensatze zu der in integrum restitutio. Es ist vielmehr der so häufige Gegensatz von ope exceptionis auch hier zu denken. Der Promittent kann der ipso jure begründeten Klage aus der Stipulation eine exceptio entgegenstellen: das folgt einmal daraus, daß er seinerseits sogar eine Klage auf Befreiung von der fraglichen Obligation hat; denn cui damus actionem, eidem et exceptionem competere multo magis quis dixerit [34]); — sodann aber wird dies für einen ganz ähnlichen Fall wenigstens vom Bürgen des Promittenten ausdrücklich gesagt [35]). Und obwohl also ipso jure jene Caution besteht, so begreift doch Ulpian im §. 3. auch diesen Fall in den Worten: contractus non valet', der Vertrag hat keine Kraft. Es ist deshalb auch hier pro certo die in integrum restitutio unnöthig. — Und in der That hindert uns nichts selbst im ipso jure des §. 1. den Gegensatz auch zu ope exceptionis aufzufassen [36]). —

Und somit wäre dann das Ergebniß unserer weitläufigen Untersuchungen das, daß keiner weder der sprachlichen noch der historischen Gründe für Dernburgs Auffassung des ipso jure compensari stichhaltig ist [37]).

§. 11.

d) Dernburgs Ergebnisse.

Es bleibt uns nur noch übrig an der dernburgschen Erklärung derjenigen Stellen, deren bisherige Dunkelheit stets die Veranlassung zu neuen Untersuchungen abgegeben hat, die Richtigkeit seiner Auffassung des Satzes: ipso jure compensatur in ih-

---

[34]) Ulpian lib. 70. ad Ed. l. 1. §. 4. D. de superfic. 43, 18. l. 156. §. 1. D. de R, 50, 17.

[35]) l. 1. pr. D. ut in poss. legat. 36, 4. (Ulp.)

[36]) vgl. oben §. 3. Note 4.

[37]) Der Satz Papinians in l. 40. pr. D. de jud. 5, 1.: Non quidquid judicis potestati permittitur, id subjicitur juris necessitati, — trägt also hier gar nichts aus; und ebensowenig die von Rudorff zu Puchtas Vorlesungen §. 290. Note 2. noch angeführte l. 32. pr. D. de usur. 22, 1.

Ueber die Compensation in dinglichen Klagen s. unten §. 12. und §. 27.

ren letzten positiven Grundlagen zu prüfen. Bringt sie uns hier nicht weiter oder gar nicht einmal soweit als andere Erklärungsversuche, so dürfte sicherlich auch nicht von dem allerkleinsten Grade ihrer Wahrscheinlichkeit gesprochen werden, selbst wenn es an positiven Beweisen gegen sie fehlen sollte.

I. Zuerst gehört hierher l. 4. Cod. de comp. 4, 31.

(Alexander Luciano.) Si constat pecuniam invicem deberi: ipso jure pro soluto compensationem haberi oportet ex eo tempore, ex quo ab utraque parte debetur, utique quoad concurrentes quantitates, ejusque solius, quod amplius apud alterum est, usurae debentur, si modo petitio earum subsistit.

Nach Dernburg [1]) soll im vordern Theile dieser Stelle prägnant der Gedanke ausgedrückt sein, daß die Compensation Anwendung finden müsse (oportet) und zwar nach den Grundsätzen des gemeinen Rechts selbst (ipso jure). — Allein die Hauptschwierigkeit der l. 4. besteht in dem Verhältnisse des Wortes ipso jure zu dem Worte pro soluto [2]). Den Sinn des letztern übergeht Dernburg bei dieser Gelegenheit mit Stillschweigen. Erst später [3]) erfahren wir Folgendes: „Wenn bestimmt wird, compensationem pro soluto haberi oportet, so heißt das, die Forderungen sollen infolge der richterlichen Compensation ihren Wirkungen nach als abgethan gelten; — eine durchgeführte Compensation habe materiell die Wirkung einer Zahlung". [4])

---

[1]) p. 322 f.

[2]) Wenigstens haben die neueren Interpreten sie hierin gefunden. s. z. B. Brinz, die Lehre. §. 7. p. 22. ff. v. Scheurl, Beitr. p. 170. Fuhr, Arch. für pract. Rechtsw. Bd. 1. Heft 2. p. 130.

[3]) p. 373. — Nicht recht klar übrigens ist mir das Verhältniß des hier Gesagten, was p. 306 bereits angedeutet scheint, zu der p. 322. sich findenden Aeußerung: „Compensationem haberi oportet soll kein Prädicat mit Compensation verbinden, es heißt einfach, Compensation soll zur Anwendung kommen."

[4]) So bedeutet pro soluto also doch „gleich einer Zahlung," „mit der Wirkung einer Zahlung" —? Nun ist mir wiederum nicht klar, wie dazu p. 321 paßt. „Man hätte bestimmen können, die Compensation müsse als eine Zahlung betrachtet werden (pro solutione esse); daß der Kaiser sie aber für etwas Gezahltes — ausgeben wollte, ist undenkbar." Dernburg folgt hier angeblich Brinzen; dieser sagt aber p. 22.: „Die Compensation pro soluto zu erachten ist eine sprachliche Unmöglichkeit. Pro solutione wäre am Platze." Und das kann ich nicht anders als so verstehen: wenn die Compensation mit der

Es ist nicht schwer die Verkehrtheit dieser Interpretation des pro soluto darzuthun. Wo ist in der l. 4. Cod. auch nur Ein Tüttelchen, das auf eine durchgeführte Compensation hinwiese? Ipso jure pro soluto compensationem haberi oportet. Die erst noch vom Richter vorzunehmende, also erst zukünftige Compensation, diese soll pro soluto sein [5]). — Allein, wo es sich nicht aus unserer Stelle herauslesen läßt, daß compensatio pro soluto est heißt: eine durchgeführte Compensation hat materiell die Wirkung einer Zahlung, — da läßt es sich vielleicht aus andern Stellen hineinlesen. Deren bringt Dernburg denn auch vor. Und allerdings sprechen dieselben, l. 4. D. qui pot. in pign. 20, 4. und l. 19. D. de lib. caussa 40, 12. — die erstere davon, nec interesse solverit an pensaverit; die andere davon, daß auch qui permutavit vel compensavit dedisse intelligendus est. Aber im letzteren Falle ist gar nicht von einer solutio im technischen Sinne der Tilgung einer Obligation die Rede [6]); und auf

Zahlung, seis in welchem Betrachte auch immer — denn darauf kann hier nichts ankommen — verglichen werden sollte, hätte nicht pro soluto, sondern pro solutione gesagt sein müssen. — Noch bedenklicher ist mir die andere Angabe Dernburgs p. 321: „Meist übersetzt man die Worte: Ipso jure pro soluto compensationem haberi oportet, man müsse die Compensation für etwas von selbst Gezahltes halten.“ Und dazu bemerkt Note 1.: „Scheurl, Beitr. S. 170 (nicht 140.) führt zur Unterstützung dieser Auffassung fr. 48. D. de solut. 46, 3. an: pro soluto magis habendum est, quod ex ea caussa mulier percepit. Allein hier wird gesagt, das Eincassirte soll für etwas Gezahltes erachtet werden; das kann doch wirklich nicht beweisen, daß man schreiben konnte, ein Rechtsact sei etwas Gezahltes.“ — Was sagt aber v. Scheurl c. l. in der That? — „ipso jure pro soluto compensationem haberi oportet ist ein ganz richtiger Ausdruck für den Gedanken: die (gerichtliche) Compensation muß betrachtet werden wie eine von selbst erfolgte Zahlung.“ — Ebenso ungenau dürfte die p. 321. im Texte enthaltene Angabe sein, daß schon Brinz „dies“ — was nur auf die angebliche (soviel ich weiß, nirgend vorkommende) Uebersetzung gehen kann — für logisch und sprachlich unmöglich erklärt habe. Brinz spricht in den angeführten Worten offenbar nur davon, daß der lateinische Ausdruck die compensatio pro soluto zu erachten sprachlich unmöglich sei, um daraus die Nothwendigkeit einer Textveränderung abzuleiten.

[5]) Auch Brinz, Noch einmal: ipso jure compensari, vermag in Dernburgs Gedanken, daß die Compensation Anwendung finden müsse, wie wenn gezahlt worden wäre — keinen Sinn zu finden.

[6]) s. z. B. l. 176. D. de V. S. 50, 16. l. 52. D. de solut. 46, 3. l. 54.

diesen technischen Sinn allein kann es uns bei der l. 4. Cod. cit., wo von Aufhebung einer Obligation gesprochen wird, ankommen. Es handelt sich nämlich in l. 19. de lib. caussa. um die prätorische Strafklage, mit welcher man das Doppelte des für einen freien Menschen Gegebenen wiedererlangt, falls dieser, obwohl betrüglich seine Veräußerung bewirkend, ausnahmsweise nicht Sclav geworden ist [7]). Weil in solchem Falle ein freier Mensch nicht Gegenstand eines Veräußerungsgeschäftes sein kann, ist das Geschäft wenigstens für den Erwerber ohne bindende Kraft; er schuldet mithin aus demselben nichts; kann also eine solutio im technischen Sinne nicht vornehmen [8]). Deshalb spricht das Edict auch nicht von dem duplum dessen, quantum solvit, sondern quantum dedit [9]). — Ebensowenig beweist l. 4. D. qui pot. in pign. 20, 4. cit. dafür, daß l. 4. Cod. von den Wirkungen einer durchgeführten Compensation spreche. Jene Pandektenstelle handelt von einer vertragsmäßigen Compensation und zwar mit Hinsicht auf das Verhältniß eines nachstehenden zu demjenigen Pfandgläubiger, dessen Forderung in angegebener Art getilgt ist. Hier ist es allerdings durchaus die, der durch wirkliche solutio hervorgebrachten satisfactio gleiche, materielle satisfactio des freiwillig compensirenden prior creditor, worauf

---

eod. Solutionis verbum pertinet ad omnem liberationem quoquo modo factam: magisque ad substantiam obligationis refertur, quam ad nummorum solutionem. — Im vulgären Sinne nennen freilich die Römer jedes Hingeben von Geld, namentlich zu Eigenthum, ebensogut solutio, solvere, wie wir Zahlung, zahlen. s. z. B. l. 57. pr. D. de C. E. 18, 1 tit. D. de cond. indeb. 12, 6. passim.

[7]) l. 14. pr. §. 1. l. 18. pr. eod.

[8]) vgl. l. 4. D. de contr. empt. 18, 1. verbunden mit l. 62. §. 1. eod. — licet emptio non teneat, ex empto tamen adversus venditorem experietur, ut consequatur, quod interfuit ejus, ne deciperetur. Was in einem solchen Falle als Gegenleistung gegeben ist, ist sine caussa gegeben, geradeso wie da, wo der Gegenstand des Geschäfts überall nicht existirt — l. 57. pr. eod. —; und wenn die Römer dem Käufer ꝛc., falls der Gegner in dolo war, nicht die condictio sine caussa auf Rückerstattung seiner Leistung zuschreiben: so hat das seinen Grund darin, daß er mit der Klage aus einem solchen negotium bonae fidei, welche der infamirenden actio doli vorgezogen wird, sein volles Interesse erlangt, während die condictio ihm nur dasjenige zurückverschaffen würde, um das der Empfänger noch bereichert ist.

[9]) l. 18. pr. §. 1. l. 20. §§. 1. 2. l. 21. eod.

sich der nachstehende beruft. Ganz anders, wenn jemand sich auf ein Urtheil beruft, wodurch infolge einer gerichtlichen Compensation der Klaganspruch zurückgewiesen ist. Hier ist es durchaus nur das formelle Recht der res judicata, worauf es ankömmt, nicht die Befriedigung des, abgewiesenen, Gläubigers, so daß also der Grund, infolge dessen so und nicht anders geurtheilt worden, völlig aus dem Spiele bleibt [10]). Wenn man nun zwar auch vom freisprechenden Urtheile selber sagen könnte: pro solutione est, um damit die Aehnlichkeit zu bezeichnen, welche zwischen der tilgenden Wirkung beider auf eine Obligation stattfindet: so ist es doch schwer zu glauben, daß der Vergleichungspunct zwischen irgend einem gerichtlich geltendzumachenden Vertheidigungsgrunde und der Zahlung eben diese tilgende Wirkung wäre, welche eigentlich erst dem infolge jenes Grundes gefällten abweisenden Urtheile zukömmt. Es würde sonst auch der fragliche Ausspruch von jedem, nach älterem Rechte sogar von jedem dilatorischen, Vertheidigungsgrunde gethan werden können und damit seine Bedeutung völlig verlieren [11]).

Wie nun danach das pro soluto unerklärt bleibt, scheint gewiß die Behauptung gerechtfertigt, daß das Verständniß der l. 4. Cod. durch Dernburgs Auffassung des ipso jure nicht das Allermindeste gewonnen habe.

II. Eine zweite Stelle ist 10. pr. D. de comp. 16, 2.

(Ulpian.) Si ambo socii parem negligentiam societati adhibuimus, dicendum est, desinere nos invicem esse obligatos ipso jure compensatione negligentiae facta. Simili modo probatur, si alter ex re communi aliquid percepit, alter tantam negligentiam exhibuerit, quae eadem quantitate aestimatur,

---

[10]) l. 13. D. quib. mod. pign. 20, 6.

[11]) Uebrigens verändert sich Dernburg das thema probandi. Er will oder soll eigentlich beweisen, daß in l. 4. Cod. die Worte pro soluto von der durchgeführten Einrede der Compensation, d. h. von der erfolgreich einer Klage entgegengestellten Einrede, es müsse jetzt, gegenwärtig, compensirt werden, gesagt seien. Nun führt er p. 374. als Fälle analoger Anwendung jener Worte die l. 28. §. 1. D. de jurej. 12, 2. und die l. 72. pr. D. de solut. 46, 3. an mit dem Bemerken: — „Es ist — nichts der Einrede der durchgeführten Compensation (d. h. der Einrede, es sei bereits in der Vergangenheit compensirt worden — vgl. z. B. Dernb. p. 327.) ausschließlich Eigenthümliches, daß sie wie eine wirkliche Tilgung wirkt."

compensationem factam videri et ipso jure invicem liberatiorem.

Nach Dernburg [12]) hätte der erstere Theil dieser Stelle folgenden Sinn. „Wenn beide Gesellschafter gleich leichtsinnig sind, gleich die Geschäfte vernachlässigen (der eine den Tag auf der Jagd zubringt, der andere in die Bäder reist), so wird ihre Verpflichtung auf das Minimum zurückgeschraubt. Keiner kann von dem andern Ersatz des durch Nachlässigkeit verschuldeten Schadens verlangen; er gilt für compensirt, wenn auch der durch den einen veranlaste Verlust Tausende, der dem andern zur Last fallende nur Hunderte betrug. Und dies geschieht nach den Grundsätzen des Rechtes selbst, ipso jure, es folgt aus dem Wesen der Societät, welche voraussetzt, daß ein gemeinsames Zusammenwirken stattfinde. Wer selbst nichts thut, kann dem andern nicht zumuthen, daß er seine Kräfte für die Gesellschaft anstrenge." — Zwar will ich nicht viel Gewicht auf den allerdings sehr naheliegenden Einwurf legen, es sei selbst bei einer Gewerbsgesellschaft ja gar nicht nothwendig, daß sämmtliche socii durch eigene Thätigkeit für das Interesse der societas wirken [13]); es könne daher „ein gemeinsames Zusammenwirken" im Sinne Dernburgs unmöglich eine wesentliche Voraussetzung der societas ausmachen. Nachdrücklich aber muß behauptet werden, daß auf die bloße Nachlässigkeit, wenn dabei kein Nachtheil eintritt, in einer societas ebensowenig ankömmt als irgendwo anders in Rechtsverhältnissen. Nicht der dolus, nicht die culpa an sich, die Willensbestimmungen als solche, sind es, welche rechtliche Wirkungen haben können, sondern die Thatsachen, welche ihre Folgen sind. Dadurch daß ein socius negligens ist, wird er dem andern socius nicht eher obligirt, als bis ein bei prästabeler Sorgfalt vermeidlicher Nachtheil eingetreten ist. In den Worten: desinere nos invicem esse obligatos, — die, wie sich von selbst versteht, nicht auf die gesammte obligatio ex societate gehen, — liegt aber deutlich ausgesprochen, daß beide socii einander obligirt gewesen

---

[12]) p. 324. f.

[13]) f. z. B. l. 1. Cod. pro socio. 4, 37. (Dioclet. et Maxim.) Societatem, uno pecuniam conferente, alio operam, posse contrahi, magis obtinuit. l. 29. §. 1. D. pro socio. 17, 2. (Ulp.) §. 2. J. de societate. 3, 25. cf. Gaj. III. §. 149.

sind, daß mithin die Nachlässigkeit eines jeden die Schuld eines Schadens für die societas getragen hat. Die Größe der Obligation eines jeden richtet sich natürlich nach dem Betrage des seiner Nachlässigkeit zur Last fallenden Schadens. Ohne den durch die Nachlässigkeit des andern verschuldeten Schaden würde der einzelne bis zu diesem vollen Betrage obligirt bleiben: die par negligentia des andern soll ihn befreien. Was kann das heißen? Die negligentia als Willensbestimmung, der natürlichen Vergleichung immer incommensurabel, ist, wo sie ihrer Folgen halber rechtlich in Frage kömmt, immer gleich: der Zusatz par muß also etwas Besonderes zu bedeuten haben. Er kann aber gar nichts Anderes bedeuten, als daß die rechtlich relevanten Folgen der Nachlässigkeit des einen genau den Folgen der Nachlässigkeit des andern gleich sind[14]). Welche Willkürlichkeit würde sich auch daraus ergeben, wenn man par negligentia als gleiche Nachlässigkeiten im dernburgschen Sinne auffaßte. Denken wir uns z. B. eine auf längere Zeit abgeschlossene Societät, in welcher jährlich Abrechnung erfolgt. Im ersten Jahre ist der Socius A. nachlässig, die Gesellschaft erleidet dadurch einen Verlust von 100., den A. deckt. Im zweiten Jahre ist B. in gleicher Weise nachlässig, die Gesellschaft erleidet jetzt aber einen Verlust von 1000., den natürlich B. decken muß. Aus was für einem Grunde sollte dagegen, falls A. und B. beide in demselben Jahre in angegebener Weise nachlässig gewesen wären, keiner vom andern etwas zu fordern haben? Und es wäre Ulpian, der so entschieden, der eine solche Entscheidung aus den Grundsätzen der societas abgeleitet hätte!

Ulpian hat zum Glücke in der andern Hälfte unserer Stelle sich in einer Weise ausgedrückt, die, wo nöthig, auch auf die erstere Hälfte ein ihn völlig rechtfertigendes Licht wirft. Tantam negligentiam, heißt es hier, quae eadem quantitate aestimatur: also, welche zu Gelde angeschlagen werden kann. Das kann eine

---

[14]) So schon die Glosse: parem negligentiam, i. e. negligentiam, quae par damnum attulit. s. Anton Faber Ration. ad pand. ad l. 10. pr. h. t. Dec. „Quod et sequentia hujus legis verba demonstrant in illis verbis: alter — aestimatur." Unterholzner, Schuldverhältnisse. §. 255. §. 552 Note k. „Vernachlässigungen von gleich nachtheiliger Folge." Dernburg p. 324. Note 2. findet dies „dem Wort und Sinn unserer Stelle entgegen."

Nachlässigkeit jedoch nur, soweit sie nachtheilige Folgen gehabt hat. Wenn aber negligentia, quae aestimatur bedeuten *muß*[15]): eine Nachlässigkeit, deren nachtheilige Folgen sich so und so hoch belaufen; weshalb *darf* par negligentia *nicht* bedeuten: Nachlässigkeiten, deren jede gleich nachtheilige Folgen hat? — Uebrigens wäre Ulpians Entscheidung im zweiten Falle inconsequent (also nicht simili modo), wenn es nicht auch im ersten blos auf den Betrag des von jedem verschuldeten Schadens ankäme: würde dort Versäumniß mit Versäumniß compensirt, so müßte hier Fleiß mit Versäumniß compensirt werden. Man müßte in Dernburgs Raisonnement sagen: wer selbst nichts thut, kann dem andern nicht zumuthen, daß dieser ihm den Gewinn seines Fleißes mittheile. Auf die Größe der aus Fleiß sowohl wie aus Versäumniß entspringenden Verbindlichkeiten würde gar nichts ankommen. — Freilich wird man mir gegen die Zulässigkeit dieser Consequenz einen anscheinend erheblichen Einwand machen. Man wird sagen: kann man denn zwei so verschiedene Dinge, wie Fleiß und Nachlässigkeit es doch sind, gegeneinander compensiren? — Gewiß nicht, werde ich erwidern, wenn hier überhaupt von der Compensation im juristisch technischen Sinne geredet würde. Aber das ist gar nicht der Fall. Denn diese Compensation setzt bekanntlich bereits *bestehende* Obligationen, d. h. Forderungen voraus; und nach Dernburgs Erklärung soll ja durch die gleichzeitige gleich große Nachlässigkeit der Societätsvertrag „denaturirt", die Verpflichtung der socii, d. h. das Societätsverhältniß als Quelle von *zukünftigen* Verpflichtungen, auf das Minimum „zurückgeschraubt", also die Entstehung von Forderungen ausgeschlossen werden, indem man Nachlässigkeit und Nachlässigkeit compensirt. Ja, es ist bei dieser Auffassung gar nicht einzusehen, weshalb überhaupt auf beiden Seiten durch die Nachlässigkeit ein Schaden entstanden sein muß: genug, daß auf beiden Seiten in

---

[15]) Das giebt selbst Dernburg zu. Nur daß er die Worte: quae eadem quantitate aestimatur übersetzt: „wenn sich der Schaden u. s. w. *ungefähr* zu gleichem Betrage beläuft." Ungefähr?! nein, nein, nicht ungefähr, sondern ganz genau! — Gar zu frei ist auch die Uebersetzung des si alter ex re communi aliquid percepit —: „wenn der andere sein Schäfchen ins Trockene gebracht hat"; — die Worte gehen auf jeden für die Gesellschaft gemachten Gewinn, nicht blos auf den in selbstsüchtigster Absicht gemachten. l. 38. §. 1. l. 67. §. 1. D. pro socio. 17, 2.

gleichem Maße Nachlässigkeit vorhanden gewesen ist. — Hätte also Dernburg mit seiner Erklärung recht: so würde das Ergebniß für uns das sein, daß die l. 10. pr. D. cit. aus der Reihe derjenigen Stellen zu streichen wäre, welche über die Bedeutung des ipso jure in seiner Beziehung zur Compensation im juristisch technischen Sinne reden [16]).

III. Wir gehen nunmehr über zu l. 4. D. h. t.

(Paullus.) Verum est, quod et Neratio placebat, et Pomponius ait, ipso jure eo minus fidejussorem ex omni contractu debere, quod ex compensatione reus retinere potest: sicut enim, quum totum peto a reo, male peto, ita et fidejussor non tenetur ipso jure in majorem quantitatem, quam reus condemnari potest.

Dernburg [17]) erklärt diese Stelle so. Zur Zeit der Juristen Neratius und Pomponius hatte der Schuldner schon in einer Reihe von Fällen ein Recht auf Compensation, nämlich überall bei actiones bonae fidei; ferner der Gegengläubiger des argentarius und des bonorum emptor. In dem Kreise der ordentlichen strengen Klagen war dagegen ein Compensationsrecht als Regel noch nicht anerkannt; noch war hier alles dem arbitrium judicis überlassen. Wenn nun auch diese beiden Systeme in verschiedenen Klaggattungen an sich wohl verträglich waren; so konnten sie z. B. bei einer wegen eines negotium bonae fidei eingegangenen fidejussio collidiren. Denn es war denkbar, daß der Richter dem Bürgen der strengen Form der Bürgschaftsklage halber die Compensation verweigerte, ihn also auf mehr haften ließ, als den Hauptschuldner. Da dies aber unbillig und inconsequent erschien, so räumten die genannten beiden Juristen dem Bürgen das Recht auf die Compensation ein, das dem Hauptschuldner zugestanden hätte; d. h. nach Dernburgs Ansicht eben, wenn die Hauptschuld auf einem negotium bonae fidei beruht, oder ein argentarius oder bonorum emptor Gläubiger ist: insofern also bei „Contracten aller Art," — aber freilich nur insofern. Ich glaube deshalb,

---

[16]) Dies giebt auch zu Einert, de comp. specim. I. Lips. 1830. ad h. l. — Daß §. 2. J. de societ. 3, 25. nicht von der Compensation im technischen Sinne redet (cf. Dernburg p. 325. unten), wird Dernburg nicht bestreiten wollen.

[17]) p. 332. ff. Das Folgende ist größtentheils wörtlich.

daß Brinz [18]) Dernburgen unrecht thut, wenn er aus dessen Aeußerungen die, allerdings absurde, Folgerung zu ziehen versucht, daß danach manchmal, nämlich eben bei einer strengen Hauptschuld, der Bürge berechtigt gewesen sei die Gegenforderung des Hauptschuldners in die Hand zu nehmen, der Schuldner selbst aber nicht.

Und ich gestehe gern zu, daß, von den dernburgschen Voraussetzungen aus, in dieser Stelle das ipso jure allerdings den Sinn haben könne: nach den Grundsätzen des Rechtes; — — daß also die Stelle nicht ohne weiteres gegen die Richtigkeit der dernburgschen Auffassung zeuge. Beweisend dafür ist sie darum freilich noch keineswegs; sie würde dies nur unter der Einen Voraussetzung sein, daß eine andere als die dernburgsche Erklärung unmöglich wäre. Da das aber, wie wir sehen werden, nicht der Fall ist: so erfordert umgekehrt jene Erklärung erst den Beweis von der Richtigkeit der ihr zugrundeliegenden Auffassung des ipso jure. Nur Ein Bedenken gegen die Richtigkeit dieser Auffassung drängt sich auf, nämlich die Bedeutungslosigkeit des Nachsatzes, der als scheinbare Begründung des Vordersatzes völlig dasselbe sagen würde, was dieser. Und ich zweifele, daß ein römischer Jurist so sollte geschrieben haben.

Wie dem aber auch sei, — mag die l. 4. dieser Auffassung, die freilich mit fast ausschließlicher Rücksicht auf sie entstanden zu sein scheint, nicht eben widersprechen: so steht es dafür desto bedenklicher

IV. mit der l. 21. eod., der schwierigsten unter allen hierher gehörigen Stellen, welche von keinem, wenigstens der neueren, Ausleger verstanden ist. An ihr scheitert auch Dernburg völlig. Die Worte sind diese.

(Paullus. lib. 1. Quaestionum.) Postea quam placuit inter omnes id, quod invicem debetur, ipso jure compensari, si procurator absentis conveniatur, non debebit de rato cavere, quia nihil compensat, sed ab initio minus ab eo petitur.

Dernburg [19]) paraphrasirt so. „Nachdem man allgemein darüber übereingekommen ist, daß gegenseitige Forderungen nach den

---

[18]) Noch einmal u. s. w.

[19]) p. 331. s. auch die vorhergehenden Seiten.

Grundsätzen des Rechts selber compensirt werden, so hat doch der procuratur absentis, wenn er mit Compensation beklagt wird, eine cautio de rato nicht zu stellen, denn nicht er ist es, der in solchem Falle compensirt: es ist der Kläger, welcher hier von Anfang an weniger fordert."

Es wird gewiß niemand sich bedenken Brinzen [20]) beizustimmen, wenn dieser von der vorstehenden Erklärung sagt, sie mache den letzten Grund der Entscheidung, nämlich das postea quam placuit inter omnes — ipso jure compensari, zu einem lahmen Gliede der Stelle; der Satz, daß „nach den Grundsätzen des Rechts selbst" compensirt werde, und der andere, daß der Procurator „doch" (weil nicht er compensire,) nicht zu caviren brauche, haben entweder keinen Zusammenhang, oder in ihrem Zusammenhange keinen Sinn; denn daraus, daß nach den Grundsätzen des Rechts selbst compensirt werde, könne man doch keinen Schluß ziehen darauf, daß der Procurator sonst (wenn er compensire) caviren müsse. — Soweit Brinz; mir aber scheint für meinen gegenwärtigen Zweck mit der getreuen Wiederholung dieser Entgegnung genug gethan zu sein.

V. Es ist endlich noch l. 14. Cod. de comp. 4, 31. übrig. (Justinianus Joanni P. P.) Compensationes ex omnibus actionibus ipso jure fieri sancimus, nulla differentia in rem, vel personalibus actionibus inter se observanda.

Dernburg [21]) meint, die Bestimmung Justinians habe keinen andern Sinn gehabt, als Compensation solle nun bei dinglichen sowohl wie bei persönlichen Klagen, wo immer ihre objectiven Grundlagen vorhanden seien, nach den Grundsätzen des Rechtes selbst zur Anwendung kommen. Es werde ausgesprochen und förmlich sanctionirt, daß ihre Existenz auch bei dinglichen Klagen nicht mehr mehr von dem Ermessen des Richters abhange, daß dieser zu ihrer Anwendung verpflichtet sei.

Aber Dernburg selbst hat gefühlt, wie mislich es um diese Behauptung stehe angesichts des §. 1. unserer Stelle.

Ita tamen compensationes objici jubemus, si caussa, ex qua compensatur, liquida sit et non multis ambagibus innodata, sed possit judici facilem exitum sui praestare: satis enim mi-

---

[20]) Noch einmal u. s. w.

[21]) p. 337. f. p. 362. f.

serabile est post multa forte variaque certamina, quum res jam fuerit approbata, tunc ex altera parte, quae jam paene convicta est, opponi compensationem jam certo et indubitato debito, et moratoriis ambagibus spem condemnationis excludi. Hoc itaque judices observent et non procliviores ad admittendas compensationes exsistant nec molli animo eas suscipiant: sed jure stricto utentes, si invenerint eas majorem et ampliorem exposcere indaginem, eas quidem alii judicio reservent: litem autem pristinam jam paene expeditam sententia terminali componant. pp.

Justinian giebt ja in den mitgetheilten Worten dem Richter die Vorschrift nicht jedes Compensationsbegehren zu berücksichtigen. Nur dasjenige, dessen Erledigung keine Verschleppung des Processes herbeiführe, vielmehr leicht zu bewerkstelligen sei, solle berücksichtigt werden. Die Entscheidung aber, ob dieses Erforderniß vorhanden, steht natürlich beim Richter: und so würde denn nach Dernburgs Auffassung Justinian in Einer und derselben Constitution bestimmt haben, 1) die Compensation solle von jedem richterlichen Ermessen unabhängig, und 2) sie solle dennoch vom richterlichen Ermessen abhängig sein [22]).

[22]) Es läßt sich, meines Erachtens, sehr wohl reimen, daß 1) die Parteien ein Recht auf die Compensation haben, deren Erfordernisse natürlich vorausgesetzt; und daß 2) der Richter über das Vorhandensein dieser Erfordernisse, mithin wenigstens mittelbar über die Zulässigkeit der Compensation, zu urtheilen hat, ohne daß die Grundlagen seines Urtheils a priori genau und scharf bestimmt wären. Allein Dernburg schließt mit dem ipso jure nicht nur richterliche Willkür und Laune, sondern auch dies Ermessen aus; — s. z. B. Dernburg p. 474. — auch oben §. 8. — und so scheint mir die Fassung der Behauptung im Texte keineswegs eine Wortverdrehung ihm gegenüber, vielmehr eine consequente Anwendung seiner Lehre. —

Uebrigens würde es hierfür auf Eines herauskommen, ob Justinian absolute oder nur relative Liquidität; ob er sie für die Compensation bei allen Arten von Klagen, oder nur für die Compensation von dinglichen; ob er sie für die Compensation aller Forderungen oder nur für die Compensation nichtconnexer Forderungen; ob er sie für die Compensation in jedem, oder nur im letzten Stadium des Processes vorgeschrieben hat. Denn, wenn auch absolute Liquidität vorgeschrieben wäre, so würde selbst über deren Vorhandensein der römische Richter insofern ein freies Ermessen gehabt haben, als er, der herrschenden Ansicht nach, überhaupt nicht an eine strenge Beweistheorie gebunden war. Puchta Instit. Bd. 2. §. 174. v. Keller röm. Civilpr. §. 66. p. 269. f.

Wie sucht sich nun Dernburg aus dieser Klemme loszuwinden? — Durch eine ganz neue Unterscheidung. Jenes richterliche Ermessen, dem Justinian stattgegeben hat, bezieht sich gar nicht auf die Frage: ob überhaupt compensirt werden solle oder nicht? Denn diese Frage bejahend beantwortet zu sehen haben die Parteien ein objectives Recht. Lediglich das ist Gegenstand des richterlichen Ermessens: ob die Compensation im gegenwärtigen oder in einem spätern Processe entschieden werden soll, sodaß, wenn wegen Mangels der nöthigen Liquidität die Compensation vom gegenwärtigen Processe ausgeschlossen wird, sie für einen spätern dem Beklagten stets vorbehalten bleibt, sollte sie selbst aus einer naturalis obligatio beansprucht werden. In diesem spätern Processe darf dann der Beklagte, sich auf die Gegenforderung stützend, Anerkennung der Compensation, Aufhebung des ersten unter Reservation gefällten Urtheils und Herausgabe des auf dasselbe hin Zuvielgezahlten verlangen, und zwar das alles mit einer Klage, die, ohne technischen Namen, eine, dem justinianeischen Rechte auch sonst bekannte, Klage auf Annullation der Verurtheilung ist [23].

Ist denn dies noch Compensation? Compensation, als deren natürlicher Vortheil uns in einer besondern Pandektenstelle angegeben wird: non solvere, im ausdrücklichen Gegensatze zu dem solutum repetere [24]?) Incidit in Scyllam, qui vult vitare Charybdin!

Dernburg selbst c. l. nimmt an, es komme bei allen Klagen und bei Gegenforderungen aller Art nur auf relative Liquidität an; das richterliche Ermessen habe hier nach jeder Seite hin den freiesten Spielraum.

[23]) Dernburg p. 474 ff.

[24]) l. 3. D h. t. (Pompon.) Ideo compensatio necessaria est, quia interest nostra potius non solvere quam solutum repetere. Daß diese Stelle wirklich das sage, was im Texte als ihr Inhalt angegeben, wird für das justinianeische Recht schwerlich jemand bestreiten Für das ältere Recht giebt Dernburg p. 28 f. ihr freilich eine sehr beschränkte Beziehung, nämlich auf die actio cum compensatione des argentarius. Nach ihm hätte Pomponius, nicht ohne einen Anflug von römisch-aristokratischem Hochmuthe, sagen wollen: „Deshalb haben wir den Wechsler zur Compensation gezwungen (necessaria est), weil wir (die vornehmen Römer, die mit ihm in Verbindung treten) es mehr in unserm Interesse finden nicht zu zahlen als die gezahlten Summen wieder zurückzufordern." Diese Interpretation darf ich gewiß nach v. Vangerow, Lehrb. §. 618. Text 3. „doch wohl für verkünstelt" halten.

Aber vielleicht könnte sich Dernburg mit einer kleinen Wendung zwischen diesen beiden Klippen: entweder seinen Begriff des ipso jure, oder den quellenmäßigen Begriff des compensare für die l. 14. aufgeben zu müssen, doch noch glücklich hindurchwinden. Wie, wenn wir behaupteten, der Kläger im ersten Processe könne gar nicht eher auf Bezahlung der ihm zuerkannten Forderung dringen, ehe nicht der Beklagte den zweiten Proceß über die ad separatum verwiesene Gegenforderung verloren habe? Hier wäre doch entschieden, falls der Beklagte diesen zweiten Proceß gewinnen sollte, das Ergebniß ein non solvere, nicht ein solutum repetere. — Schade nur, daß wir damit in immer neue Widersprüche zu den Quellen gerathen. Denn wer sieht nicht sogleich, daß ein solcher Ausweg genau von ebenderselben Billigkeit versperrt wird, welche Justinianen veranlaßt hat das Erforderniß der Liquidität für die Geltendmachung von Gegenforderungen in Einem Processe aufzustellen? Freilich sind seine Worte nur die: miserabile est spem condemnationis excludi; und die Hoffnung ein obsiegliches Urtheil zu erlangen wird ja bei dem von uns vorgeschlagenen Verfahren nicht im geringsten aufgehalten: also — Nun ja, es ist in der That eine neideswerthe Hoffnung ein obsiegliches Urtheil rasch zu erlangen bei der gleichzeitigen Gewißheit, daß dies Urtheil vielleicht erst nach Jahren werde vollzogen werden können, — beinahe ebenso neideswerth als jene andere Aussicht das Urtheil von vornherein so lange verzögert zu sehen, die Justinian so vortrefflich findet, daß er ausruft: miserabile est!

Doch gesetzt auch, man wäre auf den Einfall gerathen bei Illiquidät der Gegenforderung ein Endurtheil über die Klagforderung abzugeben, dessen Vollstreckung gleichwohl bis zur Aburtheilung über jene Gegenforderung in einem, der Form nach, besondern Processe ausgesetzt bliebe: wäre denn ein solches Verfahren Compensation? Compensation, deren Wesen nach der an die Spitze des Pandektentitels gestellten Legaldefinition in der contributio gegenseitiger Ansprüche besteht [25]). Hier würde ja

---

[25]) l. 1. D h. t. Compensatio est debiti et crediti inter se contributio. — In Gemäßheit der l. 14. Cod. hat die Stelle freilich eine über ihren ursprünglichen, auf persönliche Ansprüche beschränkten, Inhalt hinausgehende Bedeutung erhalten; aber das Wesen der contributio, das Gegen- und Miteinanderabmachen der Gegenansprüche ist unverändert geblieben, s.

ein jeder Anspruch, wenigstens der Form nach, für sich abgemacht. Und in noch augenfälligerem Maße ist das der Fall bei dem Verfahren, das nach Dernburg stattfindet. — Es dürfte damit erwiesen sein, daß dies Verfahren keine Compensation ist.

Sagt indessen nicht Justinian selber das gerade Gegentheil mit ausdrücklichen Worten? Oder was ist es Anderes, wenn es heißt: judices non procliviores ad admittendas compensationes exsistant nec molli animo eas suscipiant, sed jure stricto utentes, si invenerint eas majorem et ampliorem exposcere indaginem, eas quidem alii judicio reservent? Nun?! — Nur Acht gegeben! Wenn Justinian mit dem letzten eas, welches sich äußerlich allerdings auf compensationes bezieht, den vollen Inhalt dieses Wortes hat ausdrücken wollen, so muß er das auch mit dem vorletzten eas gethan haben. Was würde er dann aber sagen? Die Compensation könne bisweilen eine größere und umfassendere Untersuchung erfordern. Und dann würde er gewiß etwas sehr Unpassendes sagen. Denn die Compensation selbst, das Abziehen der einen Forderungssumme von der andern, erfordert nie eine Untersuchung, geschweige eine große und umfassende; sie ist für den, der leidlich subtrahiren gelernt hat, eine wahre Kinderaufgabe. Die Forderungen dagegen, welche zur Compensation gebracht werden, diese können allerdings gar oftmals ihrer Begründung, ihrer Fortdauer, ihrem Umfange nach eine gar mühsame, weitläufige Untersuchung nothwendig machen. Und diese Forderungen schlechtweg sind es, von denen Justinian redet; sie begreift er in dem eas, indem er mit einer leicht erklärlichen Ungenauigkeit des Ausdruckes statt des vorhergehenden compensationes ergänzt: caussae, ex quibus compensationes objiciebantur. Und nur das kann er daher auch bei dem letzten eas ergänzen: die zur Compensation gebrachten Forderungen sollen bei mangelnder Liquidität einem spätern Verfahren vorbehalten bleiben, — vorausgesetzt natürlich, soweit ein solches an sich möglich ist.

Dies würde ich zu behaupten wagen, wenn wir gleich über unsere Frage nur die l. 14. hätten. Es ergiebt sich in der That

---

auch Theophil. ad §. 30. J. de act. *Κομπεσσατιὼν δέ ἐστιν ὁ ἀντέλλογος, τοῦτ' ἐστι τὸ ἀντιλλογίσασθαι τὰ ἐποφειλόμενα.* (Reitz: Compensatio autem est mutua computatio, i. e. debita inter se conferre et computare.)

mit Bestimmtheit aus den Anfangsworten des §. 1. Ita tamen compensationes objici jubemus, si caussa ex qua compensatur, liquida sit. Ist die Gegenforderung liquid, so soll sie **nicht** zur **Compensation** gebracht werden. Beruft sich der Beklagte dennoch darauf, so ist sie in einen besondern Proceß zu verweisen: dieser besondere Proceß kann mithin eine **Compensation** nicht zur Folge haben. Wir haben indessen noch mehrere hierhergehörige Quellenstellen, welche sämmtlich unzweideutig und entschieden für mich zeugen.

Zunächst §. 30. J. de act. 4, 6. und die entsprechenden Worte der Paraphrase des Theophilus.

Sed nostra constitutio easdem compensationes, quae jure aperto nituntur, latius introduxit, ut actiones ipso jure minuant, sive in rem, sive in personam, sive alias quascunque; —

ἡ δὲ τοῦ ἡμετέρου βασιλέως παρακελεύεται διάταξις, τὰς σαφεῖς καὶ ἀναμφιβόλους κομπενσατίονας ipso jure *μειοῦν τὴν ἀγωγήν, εἴτε* in rem *ἐστίν, εἴτε περσοναλία.*

In beiden Stellen ist es, wie mich dünkt, deutlich genug gesagt, daß diejenigen Compensationen, quae jure aperto nituntur, die Klage ipso jure mindern sollen. Selbst wenn man nun Bedenken trägt, argumento a contrario zu behaupten, daß illiquide Gegenforderungen bei **keiner** Art von Klagen weder ipso jure noch sonstwie compensirt würden; so ist doch soviel jedenfalls einzuräumen, daß wenigstens bei actiones in rem überhaupt nur liquide Ansprüche, diese aber ipso jure, illiquide dagegen ganz und gar nicht zur Compensation gebracht werden. Es kann hier also unmöglich die **Compensation** eines solchen illiquiden Anspruchs sein, welche für einen fernern Proceß vorbehalten bleibt. Folglich widersprechen die Institutionen und Theophilus der l. 14. Cod., wenn in ihr das eas wirklich den vollen Begriff des Ausdrucks compensatio in sich trägt. Dernburg[26]) meint freilich, die gedrängte und darum wenig genaue Inhaltsanzeige der Institutionen müßte vor dem Gesetze selbst zurücktreten. Soweit sie nur ungenau ist, d. h. soweit sie dasjenige, was das Gesetz ausführlicher, deutlicher bestimmt, in mehrdeutiger Allgemeinheit berührt, oder in strengster Kürze vielleicht ganz verschweigt, wer möchte dawider

---

[26]) p. 475. Note 1.

streiten, daß Dernburg recht hat? So würde es z. B. ohne Frage verkehrt sein aus den Worten des §. 30. J. über das fernere Schicksal der Forderung etwas Positives zu schließen, die als illiquide zur Compensation nicht geeignet gefunden ist. Aber dürfte man rücksichtlich unserer Frage von einer bloßen Ungenauigkeit der Institutionen reden? Man würde vielmehr, wo man die Verfasser der Institutionen in solcher Art rechtfertigen wollte, sie so ziemlich des Aergsten zeihen, dessen sie sich bei Erfüllung ihrer Aufgabe schuldig machen konnten: denn, wenn man ihnen eine durch die Gedrängtheit der Darstellung gebotene Ungenauigkeit zugutehalten darf, so ist doch keine Kürze des Ausdrucks imstande etwas geradezu Unrichtiges zu entschuldigen. Meint man daher nicht etwa die Alten dadurch am richtigsten zu würdigen, daß man das uns Unverständliche ungesäumt für falsch erklärt: so möchte nichts Anderes übrig bleiben, als das Verständniß da zu finden, wo es sich am ungesuchtesten darstellt, nämlich das eas in l. 14. §. 1. so zu verstehen, wie es oben angegeben ist.

Und hierfür liegt in der Ausdrucksweise des §. 30. ein fernerer, sprechender, Fingerzeig. Compensationes, quae jure aperto nituntur. Also nicht von der Compensation selbst wird es gesagt, sie sei liquide; sondern von dem Rechte, dem Anspruche, der Forderung, worauf sie sich stützt, ganz ähnlich, wie es in l. 14. §. 1. Cod. selbst heißt: caussa, ex qua compensatur, liquida est. Dies jus, diese caussa ist es, wovon der Kaiser erklärt, majorem et altiorem exposcere indaginem; dies jus, diese caussa ist es auch, was er alii judicio vorzubehalten gebietet; — nicht die Compensation.

Nicht minder berufe ich mich auf die Basiliken lib. 24. tit. 10. l. 38.

Οἱ ἀντέλλογοι ἰδίῳ δικαίῳ γίνονται καὶ ἐπὶ τῶν ἐπὶ πράγμασι, καὶ ἐπὶ τῶν ἐπὶ προςώποις ἀγωγῶν, ἐὰν μόνον φανερὸν ἐστι τὸ χρέος.

Das ist denn doch bestimmt genug. Freilich könnte auch hier im Sinne Dernburgs, der übrigens diese Stelle auf sich selber beruhen läßt, mit der Gedrängtheit die Verkehrtheit des Inhalts vertheidigt; freilich könnte obendrein bemerkt werden, daß die Basiliken kein classisches Zeugniß für das justinianeische Recht abzugeben vermögen. Seis um das Letztere; so geben sie mindestens ein Zeugniß für das Recht ihrer Zeit: und genug, wenn

für diese erhellt, daß illiquide Forderungen überhaupt nicht compensirt sind. Dann ist gewiß der Schluß gerechtfertigt, daß sie auch zu Justinians Zeit nicht compensirt sind; gerechtfertigt, weil für Justinians Zeit nicht allein kein Zeugniß dagegen vorliegt, sondern weil diejenigen Zeugnisse, welche wir aus jener Zeit besitzen, sämmtlich dafür zu sprechen scheinen.

Endlich auf das Scholion des Thaleläus zu l. 4. Cod. h. t. ad l. 28. Bas. 24, 10. — *καλῶς δὲ εἶπεν, ἐὰν δέξηται ὁ δικαστής. ἔξεστι γὰρ καὶ μὴ δέξασθαι. ὡς ὅτε ὡμολογημένῳ χρέει τὸ ἀμφισβητούμενον χρέος ἀντιτίθεται εἰς κομπενσατίονα. οὐ γὰρ ὀφείλει ταύτην δέχεσθαι.* (Recte autem dixit: si judex admiserit. licet enim et non admittere: utputa quum certo debito debiti dubii compensatio objicitur: hanc enim admittere non debet.) — eine Stelle, welche deutlich genug für sich selbst redet.

Das Kurze und das Lange dieser Auseinandersetzung würde demnach das sein: Illiquide Gegenforderungen werden, jedenfalls bei actiones in rem, nicht compensirt; die Liquidität aber wird vom Richter nach Maßgabe des einzelnen Falles bestimmt, und damit also über die Statthaftigkeit der Compensation selbst entschieden. Wenn mithin in ebendemselben Gesetze, in welchem das Vorstehende vorgeschrieben ist, erklärt wird: compensationes ex omnibus actionibus ipso jure fieri: so ist es unmöglich, daß mit dem ipso jure bezeichnet werden soll, das richterliche Ermessen habe auf die Compensation gar keinen Einfluß. Kann jedoch ipso jure compensatur in dieser Stelle nicht heißen: unabhängig vom richterlichen Ermessen wird compensirt; so möchte es sonderbar zugehen, wenn es in den übrigen Stellen so heißen müßte.

Und so ist l. 14. Cod. der directe Gegenbeweis gegen die von Dernburg vertheidigte Auffassung unseres Satzes.

§. 12.

II. Bethmann-Hollwegs Auffassung.

Bethmann-Hollweg [1]) ist der Ansicht, das ipso jure in der

---

[1]) Rhein. Museum. Bd. I. Bonn, 1827. Heft 4. p. 257—285. Beytrag zur Lehre von der Compensation. — Ob die hier vorgetragene Ansicht

sämmtlichen hierher gehörigen Stellen, mit Ausschluß jedoch der l. 14. Cod. h. t., bezeichne, daß infolge der bloßen Coexistenz der compensabelen Gegenforderungen, ohne eine Handlung der Parteien, die gleichen Beträge der Forderungen von dem Augenblicke der Coexistenz an als durch einander aufgehoben betrachtet würden, vorausgesetzt immer die spätere Berufung des dazu Berechtigten auf die Compensation. M. a. W. in dem ipso jure werde die s. g. vis retrotractiva der Compensation ausgedrückt. — Diese Ansicht bedarf nach dem in §. 5. Gesagten keiner Widerlegung mehr.

Anders ist es mit den ferneren Behauptungen des genannten Rechtsgelehrten. Danach ist die, ipso jure in seinem Sinne stattfindende, Compensation in judicia stricti juris bis auf Justinian ope exceptionis doli vermittelt worden. Die Wirkung jedoch der behufs der Geltendmachung einer compensabelen Gegenforderung in die formula einer strengen Klage gerückten doli exceptio ist, ihre Begründung angenommen, bis auf Justinian nicht etwa Minderung der Condemnation, sondern gänzliche Abweisung der Klage gewesen. Freilich darf man dies nicht als Folge einer pluspetitio ansehen; denn eine pluspetitio setzte ein plus intendere voraus, was hier nicht vorlag. Es ist vielmehr die natürliche Folge der exceptio doli, die, wenn sie begründet war, nur vollständige [2]) Absolution zur Folge haben konnte. — Richtig ist es jedoch, daß, von der Form abgesehen, dieser Fall mit dem der pluspetitio verwandt, und es demnach, praktisch betrachtet, consequent war, in beiden Fällen dasselbe eintreten zu lassen. Diese innere Verwandtschaft ist denn auch der Grund ge-

---

diejenige Bethmann-Hollwegs geblieben sei, muß ich leider dahin gestellt sein lassen. Es scheint zwar, daß er bei der Zusammenstellung der l. 14. Cod. de comp. 4, 31. mit l. 4. und l. 8 Cod. de except. 8, 36. und l. 2. Cod. sentent. rescindi non posse. 7, 50. im §. 23. Note 17. p. 263. seines Werkes: Gerichtsverfassung und Proceß des sinkenden Römerreichs, Bonn 1834. an etwas Anderes gedacht habe: was aber seine Ansicht dabei gewesen ist, habe ich aus dieser Zusammenstellung zu schließen nicht vermocht. —

Der im Texte bekämpften Ansicht Bethmann-Hollwegs hat sich auch Krug, die Lehre pp. §. 20. namentlich p. 58 f. angeschlossen.

[2]) In dem angeführten Aufsatze steht, gewiß durch einen Druckfehler, p. 277. Zeile 4. v. o.: „nur unvollständige Absolution." — Hier ist Bethmann-Hollweg fast wörtlich wiedergegeben.

wesen, weswegen noch, nachdem mit dem Formularprocesse der formelle Grund der Sache längst verschwunden war, die alte Wirkung einer vom Kläger nicht oder nicht in genügender Weise berücksichtigten Gegenforderung bei actiones stricti juris fortbestand, wie der alte Nachtheil der pluspetitio fortbestand. Den Nachtheil der letztern änderte nun Kaiser Zeno für den Fall der pluspetitio tempore, Justinian auch für die übrigen Fälle dahin, daß der Kläger dem Beklagten das Dreifache aller unnöthigerweise verursachten Ausgaben erstatten [3]), der Richter aber, statt wie bisher den Beklagten völlig freizusprechen, denselben bis zum wahren Betrage des Klaganspruchs verurtheilen sollte. Allein, da sich die Verordnungen beider Kaiser nur auf die Fälle der eigentlichen pluspetitio bezogen, so konnte es zweifelhaft bleiben, ob auch im Falle der Compensationseinrede nunmehr Minderung der Condemnation eintreten müsse. Ganz ähnlich daher wie Justinian die Bestimmung Zenos über die pluspetitio tempore auf den Fall einer dilatorischen Einrede ausdehnte [4]), sah er sich veranlast seine eigene Bestimmung über die pluspetitio re auf den Fall einer Compensationseinrede bei judicia stricti juris auszudehnen. Dies ist geschehen in l. 14. Cod. de comp. und zwar in der kurzen, und deshalb nicht recht scharfen, Weise, daß erklärt wird: compensationes ex omnibus actionibus ipso jure fieri sancimus. Ipso jure ist hier also im Gegensatze von per exceptionem, nämlich in processualischer Hinsicht, gesetzt. Sollte die Kürze des Ausdrucks wider diese Erklärung Zweifel erregen, so wird es durch §. 30. J. de act. völlig gewiß, daß nunmehr bei allen Klagen die Compensation Minderung der Condemnation herbeiführte; denn hier heist es: ut (compensationes) actiones ipso jure minuant. — Soweit Bethmann-Hollweg.

Wer möchte leugnen, daß diese Combination außerordentlich fein ist? Allein, vielleicht ist es gerade ihre Feinheit, was von vornherein das gröste Bedenken an ihrer Richtigkeit erregt. Denn, am Ende waren es doch seine wissenschaftlich nicht allzuhoch stehenden Zeitgenossen, für welche Justinian seine Gesetze gab, die Richter, die Anwälte, die Parteien seines Reiches: und es fällt schwer zu glauben, daß diese aus den Worten der l. 14. Cod. cit. den vermeintlichen Sinn hätten herauslesen müssen. Jeden-

[3]) §. 33. i. f. J. de act. 4, 6. l. 2. in f. Cod. de plus pet. 3, 10.

[4]) §. 10. J. de except. 4, 13.

falls macht diese Erklärung einen starken Vorwurf gegen den Gesetzgeber nothwendig, der, statt das beabsichtigte Ergebniß seines Gesetzes unzweideutig einleuchtend herauszuheben, sich fast bemüht dasselbe in einer durch nichts zurechtfertigenden Kürze, ganz gegen seine gewohnte Weitschweifigkeit, möglichst zu verstecken.

Wie dem aber sein möge, man sieht leicht, daß die Richtigkeit jener Erklärung zwei wesentliche Voraussetzungen hat, die keinesweges unbestritten und unbestreitbar erscheinen. Zuerst nämlich die Voraussetzung, daß bis auf Justinian bei Klagen der fraglichen Art eine compensabele Gegenforderung ope exceptionis geltendgemacht; zweitens die Voraussetzung, daß infolge einer begründet erfundenen exceptio doli die Klage stets nur völlig abgewiesen worden sei [5]). — Gelingt es mir darzuthun, daß Eine der beiden Voraussetzungen falsch ist: so stürzt nothwendig Bethmann-Hollwegs ganze Erklärung zusammen. Ich glaube nun dies sogar von jeder einzelnen darthun zu können. Da ich indessen auf die erstere [6]) später zurückzukommen genöthigt bin, so verspare ich mir bis dahin deren Untersuchung, welche sich dann namentlich auch auf den von Bethmann-Hollweg versuchten eigenthümlichen Beweis derselben erstrecken soll. Hier darf es sein Bewenden dabei haben, die zweite jener Voraussetzungen zu erörtern.

Diese geht, wie bemerkt, dahin, daß die Wirkung einer begründet erfundenen exceptio doli stets gänzliche Abweisung der Klage gewesen sein soll. Begründet erscheint die fragliche Behauptung sehr einfach durch die Anschauung der doli exceptio im Zusammenhange der Formel, der uns von Gajus [7]) mitgetheilten Fassung gemäß. Die Formel bei der condictio certi aus einer Stipulation giebt Bethmann-Hollweg etwa folgendermaßen an. Si paret N^{m} N^{m} A^{o} A^{o} X. dare oportere, si in ea re nihil dolo malo A^{i} A^{i} factum sit neque fiat, judex N^{m} N^{m} A^{o} A^{o} X. condemna; si non paret absolve. Danach soll der judex nur befugt gewesen sein, entweder zu zehn, dem Gegenstande der intentio, zu condemniren, oder ganz zu absolvi-

---

[5]) s. Sintenis in der Ztschr. für Civilr. und Pr. Bd. 18 p. 29.

[6]) s. unten §. 23.

[7]) Gaj. IV. 119.

ren; sodaß, wenn dem Beklagten der Beweis einer auch noch so kleinen Gegenforderung gelang, der Kläger immer ganz abgewiesen werden muste, weil der Richter zur Minderung der Condemnation nicht berechtigt war.

Mir scheint dies aus der Formelfassung keinesweges zu folgen. Denn, erstens, angenommen einmal, die genaue Auslegung führte zu dem strengen Entweder — Oder Bethmann-Hollwegs: so dürfte dawider etwas Anderes zur Erwägung kommen. Nämlich, daß die Römer unzweifelhaft in gewissen Fällen zugunsten der materiellen Gerechtigkeit von der strengen Auslegung der Formelworte abwichen. So ist bekannt, daß schon Sabinus und Cassius der Ansicht waren, der Richter müsse den Beklagten ohne Unterschied der Klaggattung freisprechen, wenn er zwischen Litiscontestation und Urtheil seiner Verbindlichkeit nachgekommen sei [8]. Wie sehr dies den Worten des auf den Augenblick der Litiscontestation bedingten Condemnationsbefehles: Si paret N^m^ N^m^ A^o^ A^o^ X. dare oportere, N^m^ N^m^ A^o^ A^o^ condemna, s. n. p. a. zuwider ist, ergiebt sich von selbst. — Wie mögen aber Sabinus und Cassius entschieden haben, falls der Beklagte zwischen Litiscontestation und Urtheil nur zum Theil erfüllte? Ist es hier wahrscheinlicher, daß sie, auf die theilweise Leistung gar keine Rücksicht nehmend, dem Richter Condemnation auf den ganzen ursprünglichen Schuldbetrag vorschrieben? oder daß sie ihn hießen die Condemnationssumme um den Betrag des nach der Litiscontestation Geleisteten herabzusetzen? Mich dünkt, ohne Frage das Letztere. Denn, wenn jene Juristen im offenbaren Widerspruche gegen die Formelworte gänzliche Freisprechung für zulässig hielten: warum hätten sie theilweise Freisprechung für durchaus unstatthaft erklären müssen? — Und ebensowenig ist einzusehen, weshalb sie eine Minderung der Condemnation infolge einer doli exceptio ohne Unterschied hätten verwerfen sollen, selbst wenn die Worte der Formel die Möglichkeit einer solchen Minderung auszuschließen den Anschein trugen.

Allerdings beruht diese Darstellung auf der Grundlage der sabinianischen Ansicht. Man dürfte mir also den Einwurf machen, daß die Anhänger der proculejanischen Schule, von andern Grundan-

---

[8]) Gaj. IV. 114.

schauungen ausgehend, eine unausweichliche Befolgung der Formelworte überall geboten hätten, und daß damit die allgemeine Richtigkeit meines, das Gegentheil behauptenden, Satzes hinfällig werde. Der Einwand hätte indessen mehr Schein als Nothwendigkeit der Wahrheit. Denn, während wir aus den dürftigen Schriftzügen der allein hierüber Zeugniß ablegenden Stelle des Gajus über den wirklichen Inhalt der proculejanischen Ansicht nichts Gewisses herauszulesen vermögen, wissen wir ganz bestimmt, daß die Ansicht des Sabinus später die allgemeine geworden ist [9]. Könnte das nicht schon zur Zeit der übrigen großen Juristen gewesen sein? Und auf das Recht zu deren Zeit kömmt es uns ja eigentlich an [10].

Allein zweitens, führt die genaueste Auslegung der formula, in welche eine exceptio doli in der oben mitgetheilten, uns allein bekannten, vielleicht übrigens nicht einzigen, Fassung eingerückt ist, gar nicht zu jenem starren Entweder — Oder.

---

[9]) §. 2. J. de perp. et temp. act. 4, 12.

[10]) Immerhin ließe sich in dieser Beziehung ein Unterschied zwischen den actiones stricti juris auf ein certum und denjenigen auf ein incertum, und damit wenigstens für die letzteren eine Minderung der Condemnation infolge der exceptio doli vertheidigen. Es war ja bei ihnen eine eigentliche pluspetitio undenkbar; daß die Klagbitte in judicio auf mehr gerichtet wird, als ipso jure zu fordern ist, hat keine rechtlichen Folgen. Und so würde es gewiß inconsequent sein, sollte es bei solchen Klagen rechtliche Nachtheile mit sich bringen, wenn der Kläger seine Klagbitte auf mehr richtet, als er infolge einer exceptio zu fordern hat. — (Unterholzner, Schuldverhältnisse. Bd. I. §. 255. Note f. vgl. Albrecht, die Exceptionen des gemeinen teutschen Civilprocesses. §. 17. p. 92. Hier ist ein andrer Unterschied gemacht, nämlich, ob die zur Compensation gebrachte Forderung in idem genus oder in aliud genus geht, und für den letztern Fall dasjenige behauptet, was ich für actiones incertae behaupte. Nicht minder als dieser Unterschied dürfte die, übrigens, wie wir sehen werden, unnöthige formelle Begründung desselben, daß im Falle der Compensation mit aliud genus die exceptio in die condemnatio gesetzt worden sei, analog der deductio bei der Klage des bonorum emptor, der quellenmäßigen Stützen entbehren. Die allegirten Stellen: l. 27. §. ult. l. 48. D. de R. V. 6, 1. l. 11. D. de noxal. act. D. 10, 4. l. 43. pr. D. de pign. act. 13, 7. beweisen dies nicht.) Es müßte demnach die angebliche Aenderung Justinians nur von denjenigen actiones stricti juris verstanden werden, welche auf ein certum gerichtet sind. (s. Albrecht c. l. p. 95 f. Man müßte dann das inter se im pr. der l. 14. Cod. de comp. auf die actiones personales selber beziehen, unter denen früher der genannte Unterschied bestanden hätte.)

Man sehe die Worte nur an. Bleiben wir bei der Formel mit einer condemnatio a..: ein certum. Hier wird dem Richter vorgeschrieben, er solle auf das certum condemniren, falls die intentio ihm begründet erscheint. Die exceptio schreibt ihm dagegen vor unter gewissen Voraussetzungen vom Condemnationsbefehle abzuweichen. Giebt es aber nur die Eine einzige Möglichkeit der Abweichung: gar nicht zu condemniren? Mich dünkt, es ist ebensowohl eine Abweichung nicht in das certum, sondern in etwas Anderes zu condemniren. — Im Falle der formula, deren condemnatio auf ein incertum geht, ist die Sache ähnlich. Auch hier gebietet die exceptio eine Abweichung vom Condemnationsbefehle: eine Abweichung, die ebensowohl im Absolviren, als in dem Condemniren auf etwas Anderes, als worein ohne die exceptio condemnirt sein würde, liegen kann [11]).

Ist aber den Worten der Formel nach ebensowohl Minderung als Ausschließung der Condemnation infolge einer exceptio möglich, weil keine von beiden geboten ist: so hängt es natürlich vom materiellen Rechte ab, was der Richter im einzelnen Falle zu thun hat.

Nun giebt es manche Einreden, welche die Geltendmachung des Klaganspruchs überhaupt zurückschlagen sollen; manche, welche

---

[11]) Brinz, die Lehre. §. 22. p. 66. ist in seiner Darstellung nicht scharf genug. Allerdings ist die exceptio eine negative Bedingung der Condemnation, aber nicht der Condemnation in abstracto, sondern der in specie vorgeschriebenen Condemnation. Darauf kömmt es an. — Vgl. übrigens auch v. Keller, röm. Civilpr. §. 36. p. 142 ff. (2. Ausg.) — Auch Gaj. IV. 119. steht nicht entgegen; denn wenn es hier heist: ita formulae inseritur, ut conditionalem faciat condemnationem, i. e. ne aliter judex eum, cum quo agitur, condemnet u. s. w., so bezieht sich das auf die im erstern Theile des §. cit. gegebenen Beispiele, in denen allerdings gänzliche Abweisung der Klage die Folge ist. — s über die Darstellung im Texte Dernburg p. 231 ff. Brinz, Pand. §. 149. p. 648. „Man mochte schließen, daß wer, nachdem exceptio doli eingestellt ist, gegenforderungshalber abweisen könne, auch das vermittelnde minus, die Compensation, in seiner Macht habe Wenn es nun in §. 30. J. heist: sed et in str. j. judicis ex rescripto D. Marci, opposita doli mali exceptione, compensatio inducebatur —, so mag hierin jener Schlußfolgerung die Sanction ertheilt worden sein.“ — vgl. auch l. 12. D. de reb. dub. 34, 5. (Julian. lib. 50. Dig.) Quotiens in actionibus aut in exceptionibus ambigua oratio est, commodissimum est, id accipi, quo res, de qua agitur, magis valeat, quam pereat.

die Geltendmachung nur eines Theils desselben bestreiten. In den Fällen der letzteren Art von Einreden würde offenbar der materiellen Gerechtigkeit genuggeschehen, wenn eine Minderung der gemäß der Richtigkeit der intentio gebotenen Condemnation erfolgte. Und da, wie wir gesehen haben, die Form des processualischen Verfahrens nicht widerstrebt, so ließe sich von vornherein erwarten, daß je nach der Art der exceptio ihre Wirkung bald Minderung, bald Ausschließung der Condemnation sein werde.

Indessen spricht hierfür nicht allein die Natur der Sache, sondern, was am Ende besser ist, mehr als Ein Quellenzeugniß, während keines dagegen redet.

Zunächst kommen hier die Stellen in Betracht, welche den Begriff der exceptio bestimmen sollen.

Die deutlichste Stelle ist l. 22. pr. D. de except. 44, 1. (Paull. libro singulari de variis lectionibus.) Exceptio est conditio, quae modo eximit reum damnatione, modo minuit damnationem.

Die Bezeichnung der exceptio als conditio ist, soviel ich urtheilen mag, nur verständlich, falls man exceptio im formellen Sinne, d. h. als pars formulae, nimmt. Wenn man nämlich mit von Scheurl [12]) unter exceptio ein dem Beklagten zustehendes Vertheidigungsmittel versteht, welches den Anspruch des Klägers gegen ihn materiell bedingt: so würde man darunter mit Nothwendigkeit auch z. B. den Einwand der Zahlung begreifen müssen, den die Römer gleichwohl nie exceptio nennen. Paullus sagt übrigens in der That gar nicht, daß der klägerische Anspruch durch die exceptio bedingt sei; aus seinen Worten läßt sich vielmehr als das Bedingte schwerlich etwas Anderes herauslesen als die damnatio, d. h. der durch die condemnatio als pars formulae vorgeschriebene Erfolg. Der Sinn der Stelle ist danach der: Die exceptio ist eine Bedingung der Verurtheilung, wie diese durch die Formel vorgeschrieben wird; ihre Wirkung aber besteht bald darin, daß sie den Eintritt der Verurtheilung überhaupt ausschliest, bald darin, daß sie ihn wenigstens in der

---

[12]) Beiträge p. 187. — s. v. Savigny, Syst. Bd. V. §. 226. Note c. p. 162. — vgl. Gaj. IV. 119.

Art ausschließt, wie er nach den Formelworten erfolgen sollte, d. h. daß sie die wörtlich gebotene Summe der Verurtheilung herabsetzen heißt.

Freilich will man nicht selten die letztere Wirkung auf die exceptio in quantum facere potest beschränken, welche Paullus bei dem modo minuit allein im Auge gehabt haben soll [13]). Nun ist es allerdings richtig, daß derselbe Paullus in l. 7. pr. D. de except. 44, 1. [14]) das beneficium competentiae exceptio nennt, wie dasselbe auch sonst bisweilen so genannt wird [15]). Dennoch glaube ich nicht, daß Paullus bei der fraglichen Definition überall an diese Einrede gedacht, geschweige, daß er vorzugsweise oder gar ausschließlich an sie gedacht habe. Denn auf sie paßt offenbar die allgemeine Bezeichnung der formellen exceptio als conditio der damnatio durchaus nicht, welche für die wirklichen Exceptionen außerordentlich zutreffend ist. In keinem Falle aber liegt ein triftiger Grund dieser Einschränkung vor: dieselbe ist reine Willkür [16]).

Eine zweite, schwierigere, Stelle, welche man bei dieser Gelegenheit zu besprechen pflegt, ist l. 2. pr. D. de except. 44, 1. von Ulpian.

Exceptio dicta est quasi quaedam exclusio, quae interopponi actioni cujusque rei solet ad cludendum [17]) id, quod in intentionem condemnationemve deductum est.

[13]) Schon die Glosse bemerkt zu diesen Worten nur: ut ea quae facit damnari in quantum facere potest. — s. namentlich von Scheurl c. l. p. 187. Brinz, die Lehre. §. 23. p. 69., der freilich auch die exceptio divisionis hierher zieht.

[14]) die übrigens aus einem andern Werke, dem lib. 3. ad Plautium, genommen ist, also ursprünglich in einem nachweisbaren Zusammenhange mit der l. 22. cit. nicht gestanden hat.

[15]) s. v. Keller, Civilpr. §. 36. p. 136. Noten 398. ff. — Wenn Dernburg p. 208. Note 1. behauptet, die von Keller schon in der ersten Aufl. Note 402. allegirte l. 17. §. .1 D. solut. matr. 24, 3. handeln von einer doli exceptio gegen die actio judicati, so dürfte er statt des §. 1. den §. 2. l. c. gelesen haben.

[16]) v. Keller. c. l. p. 143. f.

[17]) Die Lesart ist zweifelhaft; es kömmt auch vor excludendum und eludendum.

Brinz[18]) umschreibt diese Worte so: „Die exceptio wirkt Ausschluß des ganzen eingeklagten Rechtes, natürlich, wenn die durch sie gesetzte Bedingung eintritt; von theilweisem Ausschlusse ist nichts gesagt, sondern vom Ausschlusse schlechthin dessen, was in die intentio, mithin in die condemnatio kömmt." Abgesehen von der Einschaltung des „ganzen", die auf einem wohl zu voreiligen Schlusse beruht, — hätte Ulpian nur sagen wollen, was Brinz ihm unterlegt: er hätte gewiß das condemnationem gespart, das sich so sehr von selbst verstand. Nun sagt er übrigens auch gar nicht condemnationemque, was Brinz übersetzt, sondern condemnationemve. Gerade der Sinn dieser, von Brinz übersehenen, Unterscheidung ist das Schwierige.

von Scheurl[19]) bezieht sie darauf, ob die exceptio, worunter er hier einen Formelzusatz versteht, den in die intentio oder den in die condemnatio aufgenommenen Anspruch in gewisse Schranken einschließen solle. Im erstern Falle erscheine er in Verbindung mit der intentio, als exceptio im gewöhnlichen Sinne; im andern Falle in Verbindung mit der condemnatio, als ein Zusatz, der gewöhnlich nicht exceptio heiße. Dieser Ansicht möchte es zunächst widerstreiten, daß in dem ad cludendum ohne Zweifel der materielle Zweck der exceptio angegeben ist, während dieselbe darin und in den folgenden Worten die Angabe einer gleichgültigen formalen Eigenschaft der exceptio findet. Dagegen verstehe ich nicht, was Dernburg über unsere Stelle meint, namentlich nicht inwieweit er rücksichtlich der Stellung der exceptio in der Formel von Scheurl beitritt, wenn er bemerkt[20]): „Ihm (Ulpianen) ist die exceptio ein Zusatz, welcher bald die intentio bedingt und demnach die Abweisung des Klägers herbeiführt, bald auch blos die Condemnation modificirt und also nur eine Minderung veranlaßt." Die exceptio ist nie und unter keiner Voraussetzung eine Bedingung der intentio, sondern eine Bedingung der durch die actio pura vorgeschriebenen con-

---

[18]) Die Lehre. §. 22. p. 67. f.

[19]) c. l. p. 188.

[20]) §. 20. p. 206. Auch die Berufung auf Keller, Civilpr. (1. Ausg.) p. 150., der hier leider sehr kurz ist, klärt Dernburgs eigne Darstellung nicht auf.

demnatio [21]). Weil aber das cludendum auf den Inhalt sowohl der intentio als der condemnatio geht: so scheint es mir unmöglich dasselbe durch „bedingen" oder derart zu übersetzen. — Beiden Ansichten, derjenigen von Scheurls und derjenigen Dernburgs, gemeinsam ist übrigens der fernere Fehler, ohne weiteres id quod in intentionem condemnationemve deductum est, für gleichbedeutend zu halten mit intentionem condemnationemve.

Wir müssen, glaube ich, um den Inhalt der Stelle, soviel es bei der Zweifelhaftigkeit des entscheidendsten Wortes überhaupt möglich ist, richtig herauszubringen, von demjenigen ausgehen, was uns als sicherer Anhaltspunct bekannt ist. Ulpian giebt uns in der l. 2. pr. cit. nähere Belehrung über den Zweck der exceptio. Im allgemeinen ist dieser Zweck Ausschließung des Klägers, wie der Zweck der replicatio Ausschließung des Beklagten [22]). Die Ausschließung aber des Klägers mittels einer exceptio ist zuletzt nur auf die Eine Weise möglich, daß die Verurtheilung des Beklagten nicht in der Weise stattfindet, wie dieselbe auszusprechen die condemnatio, als pars formulae, dem Richter vorschreibt. Wir können also die exceptio, statt zu sagen exclusio actoris, auch definiren als exclusio condemnationis (d. h. immer des Con-

---

[21]) s. v. Savigny, Syst. Bd. V. §. 226. p. 161. f. — „schon die Intentio selbst ist eine Bedingung (Si paret); zu dieser Hauptbedingung aber tritt jetzt als Nebenbedingung hinzu die Nichtexistenz der Exception, und Das ist es, was jene Juristen ausdrücken wollen —" (nämlich u. a. auch Ulpian in unsrer Stelle). Nur freilich wäre damit wohl das cludendum id, quod in condemnationem, — aber nicht das cludendum id, quod in intentionem deductum est erklärt. — Diese Alternative hat Albrecht, die Exceptionen p. 21. Note 5. berücksichtigt; doch zweifele ich an der Richtigkeit der, irre ich nicht, von ihm angedeuteten Erklärung. Er will damit beweisen, daß, wenn der in der intentio enthaltene Klaganspruch zugestanden sei, das judicium sich lediglich auf die Untersuchung des illiquiden Exceptionsgrundes beschränkt habe. — Die Alternative übersieht wiederum gänzlich v. Helmolt, Verhältniß der Exceptionen zur Beweislast. p. 164. „Es wurde, sagt er mit Bezug auf unsere Stelle, zwischen die intentio des Klägers und den daraus gezogenen processualischen Schluß, die condemnatio, gerade die exceptio hineingeschoben, und dadurch der unmittelbare Nexus zwischen der Ursache (intentio) und der Wirkung (condemnatio) in der Weise zerrissen, daß die intentio als ausgeschlossen und gehemmt (exclusa), und die condemnatio als eine bedingte erschien."

[22]) l. 2. §. 2. eod.

demnationsbefehles); und das ist am Ende wiederum gleichbedeutend mit conditio condemnationis [23]). — Dieses letzte Ziel der exceptio muß immer im Auge behalten werden. Wenn mithin Ulpian sagt: ad cludendum id, quod in intentionem condemnationemve deductum est, so erhellt aus dem Bemerkten, daß er damit nur verschiedene Wege zu Einem Ziele bezeichnen will. Wir können daher übersetzen, als wenn stünde: Exceptio dicta est quasi exclusio, quae interponi solet ad excludendum condemnationem cludendo id, quod in intentionem condemnationemve deductum est. Was aber heist das: indem sie dasjenige ausschliest (oder beschränkt), was in die intentio oder in die condemnatio gesetzt ist? Nichts Anderes als dies. Der Condemnationsbefehl, der durch die exceptio ausgeschlossen wird, ist bald durch seine eigenen Worte absolut bestimmt, bald erst durch die Rückverweisung auf die intentio bestimmt. Das Erstere z. B. bei einer condictio certae pecuniae oder bei Delictsklagen auf eine festbestimmte Geldbuße [24]); das Andere bei den condictiones incertae, den actiones bonae fidei, den arbitrariae actiones. In jenem Falle wird folglich die durch die exceptio bewirkte Abweichung vom ursprünglichen Condemnationsbefehle unmittelbar erkennbar durch Vergleichung des Inhalts der schließlichen Sentenz mit dem, quod in condemnationem deductum est; in diesem Falle durch Vergleichung des Inhalts der Sentenz mit dem, in Gelde angeschlagenen, Gegenstande der intentio, demjenigen, quod in intentionem deductum est. — Aber, ist diese Unterscheidung, die aus dem 74. Buche des Edictscommentares, eines gewiß vorwiegend auf die Praxis berechneten Werkes, genommen ist, nicht völlig unfruchtbar? eine blos theoretisch spitzfindige Spielerei? Vielleicht nicht so durchaus. Denn sagte Ulpian schlechthin: exceptio est quasi quaedam exclusio condemnationis, so würde er dem Vorwurfe der Zweideutigkeit kaum entgehen; der Leser würde nicht erkennen können, ob Ulpian unter condemnatio den Condemnationsbefehl, oder die infolge dieses Befehles stattfindende Verurtheilung gemeint habe. Nähme man aber das Letztere an, so würde unter exclusio condemnationis kaum etwas

[23]) cf. l. 22. h. t. — Gaj. IV. 119. — conditionalem faciat condemnationem.

[24]) s. v. Keller, Civilpr. §. 39. p. 159.

Anderes als gänzliche Abweisung der Klage zu verstehen sein. Diese Zweideutigkeit zu vermeiden setzt Ulpian statt ad cludendum id, quod in condemnationem deductum est: denn nun ist es klar, daß condemnatio hier die Condemnation als pars formulae bedeutet. Allein jetzt wirft Ulpian einen Blick auf die verschiedenen Formeln: er bemerkt, daß id, quod in condemnationem deductum est, nicht selten etwas sehr Unbestimmtes sei. In solchen Fällen ist der Ausdruck nicht anschaulich, wenn man nicht dasjenige hinzufügt, wodurch jenes in condemnationem deductum bestimmt wird. Dies ist der Inhalt der intentio. Lediglich aber auf das id, quod in intentionem deductum est, sich beschränken darf Ulpian deshalb nicht, weil z. B. bei der actio in libertum, qui patronum contra edictum in jus vocavit, der Inhalt der quasi intentio ein ganz anderer ist, als der Inhalt der durch die exceptio auszuschließenden condemnatio. Und so ergiebt sich naturgemäß die Aeußerung: ad cludendum id, quod in intentionem condemnationemve deductum est. — Liegt aber der innere Grund Ulpians sich so auszuzudrücken in dem Bestreben einer Zweideutigkeit aus dem Wege zu gehen: so kömmt die Frage nach der praktischen Bedeutung des gewählten Ausdrucks auf die Frage nach der Erheblichkeit jener Zweideutigkeit zurück. Diese habe ich schon bezeichnet. Verstand man condemnatio als Verurtheilung, so schien Ulpian als Wirkung der exceptio immer völlige Abweisung der Klage anzunehmen. Wenn er mithin jene Misdeutung vermeidet, so dürfte der Schluß nahe genug liegen, daß er auch die minutio condemnationis (im Sinne der Verurtheilung) für eine zuläßige Folge der exceptio gehalten habe. Und so wären wir denn, freilich auf weitem Umwege, zu dem Ziele gelangt, das wir in l. 22. pr. eod. bei Paullus geradezu finden. [25]) — Immerhin beweiset die Stelle nichts gegen uns; und das zu erkennen ist hier genügend.

Nächst diesen allgemeinen Stellen findet sich ferner eine Reihe von Aussprüchen der classischen Juristen, wonach die Wirkung einzelner Einreden in concreten Fällen in einer Minderung der

---

[25]) Ich finde keinen Anhaltspunct dafür in dem cludendum id, quod in intentionem deductum est, gänzliche, in dem cludendum id, quod in condemnationem deductum est, nur theilweise Abweisung des Klägers zu erblicken.

Condemnation besteht. Dernburg hat solche Stellen mit anerkennenswerthem Fleiße zusammengetragen und weitläufig erklärt[26]); es mag nächst der Verweisung auf ihn genügen, hier deren Text für sich selber reden zu lassen.

Von persönlichen Klagen handeln:

1) l. 17. §. 2. D. ad SC. Vellej. 16, 1. (African.) Mulier et Titius quum ejusdem pecuniae rei facti sunt: non omnimodo mulierem pro parte socii videri intercessisse dicebat. nam si ob eam caussam mutuati fuerint, ex qua, si creditor

---

[26]) §. 21. p. 207. ff. §. 22. p. 218. ff. — Die erste freilich der von ihm allegirten Stellen, l. 27. §§. 5. und 6. D. de pact. 2, 14. beweist schwerlich etwas. Si, quum XX. deberes, pepigerim, ne X. petam: efficeretur per exceptionem mihi opponendam, ut tantum reliqua X. exigere debeam. Dies könnte nämlich sehr wohl heißen: aus Besorgniß durch die exceptio pacti völlig abgewiesen zu werden, falls ich 20. einklage, werde ich veranlaßt meine Klage von vornherein auf 10. zu richten; — der Ausdruck exigere ist nicht dagegen, weil er keinesweges blos vom Eintreiben durch Klage gebraucht wird. s. z. B l. 22. pr. D. rat. rem hab. 46, 8. Si sine judice — exegerit pp. — §. 6. Sed si stipulatus X. aut Stichum, de X. pactus sim, et petam Stichum aut X: exceptionem pacti conventi in totum obstaturam: nam ut solutione et petitione et acceptilatione unius rei tota obligatio solveretur: ita pacto quoque convento de una re non petenda interposito totam obligationem summoveri. Das argumentum a contrario, mittels dessen Dernburg, gestützt auf das Sed, aus dem exceptionem in totum obstaturam des zweiten Falles auf das in partem obstaturam für den ersten Fall schließt: scheint mir verfehlt. In totum heißt vielmehr, wie das Folgende zur Gewißheit macht: in Beziehung auch auf die andere Alternative, welche gewissermaßen als ein Theil der Obligation aufgefaßt wird. — Ganz unstatthaft aber ist folgende Argumentation. Paulus wolle uns in den Augenblick versetzen, wo nach bereits angestellter Klage (si petam) der Richter das Urtheil über die exceptio in dem Processe fälle und die Klage abweise (summovere sei nämlich technischer Ausdruck für Abweisung der Klage durch den Richter in Gefolge einer Exception). Denn erstens steht in der Stelle gar nicht exceptione summoveri, sondern pacto summoveri: das summoveri geht also nicht auf den Proceß, sondern auf das materielle Recht und ist soviel wie inefficacem fieri. Zweitens spricht Paulus nicht vom Augenblicke der Sentenz, sondern vom Augenblicke der Litiscontestation (petam, s. oben §. 6. Note 6.). Die Sentenz ist erst noch künftig, sonst müßte es heißen obstare, nicht obstaturam.

Auch die Beweistüchtigkeit von l. 2. Cod. de non numerata pec. 4. 30., worin von einer Einrede wenigstens nicht gesprochen wird, mag dahingestellt bleiben.

pecuniam non dedisset, majus damnum mulier passura fuerat (veluti quod communis insula fulta non esset, vel quod fundus communis in publicum committeretur): potius esse, ut senatusconsulto locus non sit: at si in aliquam emptionem mutua pecunia sit accepta, tunc pro parte intercessionem factam videri; et ideo creditorem partem duntaxat pecuniae a muliere petere posse: quodsi totum petierit, exceptione pro parte summovetur[27]).

2) l. 9. §. 1. D. de cond. c. d. c. n. s. 12, 4. (Paull.) Si quis indebitam pecuniam per errorem, jussu mulieris, sponso ejus promisisset, et nuptiae secutae fuissent, exceptione doli mali uti non potest. maritus enim suum negotium gerit: et nihil dolo facit, nec decipiendus est; quod fit, si cogatur indotatam uxorem habere. Itaque adversus mulierem condictio ei competit: ut aut repetat ab ea, quod marito dedit: aut ut liberetur, si nondum solverit. Sed si, soluto matrimonio, maritus peteret, in eo duntaxat exceptionem obstare debere, quod mulier receptura esset[28]).

3) l. 16. D. de doli m. exc. 44, 4, (Hermogenian.) Si debitor a furioso delegatus creditori ejus solvat, quem compotem mentis esse existimabat, et ita cum eo agatur: exceptione doli in id, quod in rem furiosi processit, defenditur.

---

[27]) Ich glaube, selbst wenn erst Justinian eine Minderung der Condemnation infolge einer exceptio für zulässig erklärt hätte, wäre kein zwingender Grund dagewesen das pro parte zu interpoliren. Denn summovere heißt ja gar nicht völlig zurückschlagen, s. oben §. 10. p. 90, namentlich Note 12. Uebrigens stimme ich auch nicht überein mit v. Keller, Civilpr. (2. Ausg.) Note 403. und Dernburg p. 216., nach denen die gewöhnliche Fassung der exceptio hier unstatthaft gewesen wäre. Gewiß war sie dies ebensowenig, als die doli exceptio anders gefaßt zu werden brauchte, wo sie nur zur Klagminderung führen sollte. s. oben.

[28]) vgl. l. 44. §. 1. i. f. D. soluto matr. 24, 3. (Paull.). Sed etsi ex parte filia heres patri suo exstiterit [nondum exacta dote a patre promissa]: debebit maritus coheredes ejus pro parte virili exigere et mulieri reddere aut actiones ei praestare. l. 11. §. 4. D. quod falso tut. 27, 6. (Ulpian.) Quod si intra XII. annos haec decesserit, quum haberet dotem: putat Julianus, si dolo malo conversatus sit is, ad quem dos pertinet: posse maritum doli mali exceptione condicentem summovere in casibus, in quibus dotem vel in totum vel in partem, si constabat matrimonium, fuerat lucraturus.

4) l. 88. §. 1. D. ad leg. Falcid. 35, 2. (African.) s. oben §. 7. Note 22. p. 62.

Eine die, einer persönlichen Klage entgegengesetzte, Exception nur zum Theil ausschließende Replication, deren Verhältniß zur Exception demjenigen der Exception zur Klage durchaus gleich ist, kömmt vor in

5) l. 15. pr. D. ad leg. Falcid. 35, 2. (Papinian.) s. oben §. 7. Note 24. p. 64.

Auch bei dinglichen Klagen kann der Erfolg einer exceptio, deren Grund nicht schon materiell mit der Geltendmachung des Klagrechts unvereinbar ist (wie etwa der der exceptio rei venditae et traditae rücksichtlich der ganzen Sache zugrundeliegende Anspruch mit der Ausübung des Eigenthumes), ebenso wie bei persönlichen Klagen ein doppelter sein. Es ist nämlich erstens denkbar, daß infolge der Exception eine Condemnation nur dann eintritt, wenn der Kläger durch Befriedigung des Beklagten vor dem Endurtheile den Grund des Einredebegehrens hinweggeräumt hat [29]).

---

[29]) §§. 30. 34. J. de R. D. 2, 1. Gaj. II. §§. 76 – 78. l. 65. D. de R. V. 6, 1. (Papinian.) Emptor praedium, quod a non domino emit, exceptione doli posita, non aliter restituere domino cogetur, quam si pecuniam creditori ejus solutam, qui pignori datum praedium habuit, — recuperavit. pp. — l. 11. D. de noxal. act. 9, 4. (Ulpian.) Bona fide servi possessor, ejus nomine, furti actione tenebitur: dominus non tenetur; sed noxae dedendo non facit quidem actoris, quum autem coeperit istum servum dominus vindicare, doli exceptione summovebitur; vel officio judicis consequetur, ut indemnis maneat, (nämlich der beklagte Besitzer des Sclaven. vgl. Schol. 5. ad Basil. LX. V. l. 11. ad h. l. (Ed. Heimb.) Qui servum accipit in noxam, excludit dominum non praestantem indemnitatem.) Die erstere Alternative trat ein, wenn der dominus sich nicht zum Schadensersatze anbot — l. 27. §. 1. (Gaj.) l. 28. (African.) eod. —; die andere, wenn entweder die Parteien über den Betrag des Schadensersatzes, den der dominus angeboten hatte, stritten, oder wenn die Parteien sich geeinigt hatten durch Geldleistung sich auseinanderzusetzen; oder endlich, wenn der Sclav durch prästabele Culpa des Besitzers nicht mehr restituirt werden konnte. — Dernburg, p. 317. Note 3. giebt den Inhalt dieser letzten drei Stellen dahin an, daß der Vindicant dem Besitzer eines Sclaven die Litisästimation zu ersetzen gezwungen werde, welche er in einer Noxalklage prästirt habe. — l. 7. §. 12. D. de acq. rer. dom. 41, 1. (Gaj.) — l. 4. § 9. (Ulp.) — l. 5. §. 1. (Paull.) de doli m. exc. 44, 4. — vgl. Dernburg § 35. p. 312. ff. — Nur kann ich die Ansicht Dernburgs p. 348. ff.

Dies ist der Fall, wenn der Inhalt der entgegenstehenden Ansprüche ein ungleichartiger ist.

Zweitens aber ist es denkbar, daß, trotz der Exception, stets eine Condemnation eintreten kann; daß die Condemnation jedoch infolge der Exception auf weniger geht, als nach der Intention zu erwarten stünde. Dies ist der uns hier angehende Fall, welcher eintritt, wenn die Forderung der Gegenforderung gleichartig, letztere aber kleiner ist als jene. Dabei ist nun wiederum ein Zweifaches möglich: die Gleichartigkeit besteht entweder von Anfang an; oder sie entsteht erst dadurch, daß die ursprünglich dem Beklagten obliegende Leistung sich in eine Geldschuld verwandelt, seis infolge einer Unmöglichkeit der natürlichen Leistung, die ihn gleichwohl nicht befreiet, seis infolge einer Uebereinkunft der Parteien sich in Gelde nach richterlicher Taxation auseinanderzusetzen, — während auch des Beklagten Gegenforderung auf Geld gerichtet ist.

Das Erstere findet sich da, wo der Beklagte Anspruch darauf hat, daß ihm der Besitz der vindicirten Sache zu einer Quote belassen bleibe, z. B. vermittels einer exceptio rei venditae et traditae auf einen Theil: denn hier sind in der That Anspruch

---

nicht theilen, daß in gewissen Fällen der Beklagte Berücksichtigung seiner impensae utiles blos unter der Bedingung erhalten habe, daß er sich die Verurtheilung in die Litisästimation gefallen lassen; der Kläger nicht gänzlich abgewiesen sei, aber Geld statt der vindicirten Sache habe annehmen müssen. l. 27. §. 5. in f. D. de R. V. 6, 1. und ff., sowie l. 38. eod. beschäftigen sich m. E. nicht mit der Untersuchung, auf welche Weise utiles impensae erstattet werden; sondern mit derjenigen, welche impensae utiles seien. Die Antwort, heist es, ist nur mit Rücksicht auf den concreten Fall zu geben. Nur wenn danach die Auslagen den Werth der Sache auch für den dominus erhöhen, hat der Richter die Erstattung derselben anzuordnen. Sie können aber nicht anders erstattet werden als in Gelde: folglich ist eine aestimatio zu machen; — und diese meint Gajus in l. 28. eod., nicht die der condemnatio vorhergehende aestimatio. Dem widerspricht auch nicht l. 38. in f. cit. (Celsus.) nisi reddit, quantum reddi oportere diximus, eo deducto, tu condemnandus es. Es wird dabei vorausgesetzt, daß es überhaupt zur Condemnation kömmt, — und soll nicht sagen, es müsse immer zur Condemnation kommen. Es könnte hierin eine große Härte für den dominus, der doch carere sua re non debet, liegen. S. auch l. 16. Cod. de R. V. 3, 22. — vgl. noch Brinz, die Lehre rc. §. 24. p. 72. ff. zu l. 48. D. eod.

und Gegenanspruch, sofern sie beide auf Gewährung des juristischen Besitzes derselben Sache gerichtet sind, einander gleichartig.

Solche Fälle kommen vor in

6) l. 14. Cod. de R. V. 3, 32. (Diocle t. et Maxim. A° 293.[30]). Quum a matre domum filii, te sciente, comparasse proponas, adversus eum dominium vindicantem, si matri non successit, nulla te exceptione tueri potes. Quodsi venditricis oblinet hereditatem, doli mali exceptione, pro qua portione ad eum hereditas pertinet, uti non prohiberis.

7) l. 85. D. de legat. I. (Paull.) Duobus conjunctim fundus erat legatus: alter ex his partis aestimationem per actionem personalem abstulit: alter si fundum totum vindicare velit, exceptione doli pro parte dimidia repellitur. quia defunctus semel ad eos legatum pervenire voluit.

8) l. 16. D. ad leg. Falcid. 35, 2. (Scaevola.) s. oben §. 7. Note 21. p. 60. [31])

Fälle dagegen der zweiten Art, in welchen es nur dann zum Abzuge der Gegenforderung kömmt, wenn der ursprüngliche Gegenstand der beklagtischen Leistung sich in eine Geldsumme verwandelt hat, werden behandelt in

9) l. 38. D. de R. V. 6, 1. (Celsus.) In fundo alieno, quem imprudens emeras, aedificasti aut conseruisti; deinde evincitur: bonus judex varie ex personis caussisque constituet. Finge et dominum eadem facturum fuisse: reddat impensam, ut fundum recipiat, usque eo duntaxat, quo pretiosior factus est. et si plus pretio fundi accessit, solum quod impensum est. Finge pauperem, qui si reddere id cogatur, laribus, sepulchris avitis carendum habeat: sufficit tibi permitti tollere ex his rebus, quae possis; dum ita, ne deterior sit fundus, quam si initio non foret aedificatum. Constituimus vero, ut,

---

[30]) Selbst wenn man annimmt, schon Diocletian habe durch die l. 2. Cod. de pedan. judic. 3, 3. A° 294. den Formularproceß aufgehoben, kann man dieses Gesetz dreist auf den Formularproceß beziehen, was Dernburg p. 222. auch thut.

[31]) Uebrigens lasse ichs dahingestellt sein, ob der Kläger hier (und ähnlich im Falle der l. 85. de legat. I. durch Ersatz der dem ersten Legatare gezahlten Litisästimation) nicht auch durch die Zahlung einer dem zuviel Geleisteten entsprechenden Geldsumme den Beklagten habe befriedigen und so den Mehrabzug an den noch rückständigen Legaten oder dem noch rückständigen reellen Theiles eines Legates ausschließen können.

si paratus est dominus tantum dare, quantum habiturus est possessor, his rebus ablatis, fiat ei potestas. neque malitiis indulgendum est. si tectorium (puta) quod induxeris, picturasque corradere velis, nihil laturus, nisi ut officias. Finge eam personam esse domini, quae receptum fundum mox venditura sit: nisi reddit, quantum prima parte reddi oportere diximus, eo deducto, tu condemnandus es. [32])

10) l. 20. pr. D. de statulib. 40, 7. (Paull.) Si peculium servo legatum sit, qui jussus est alii dare X. et sic liber esse; et heres eum prohibuerit dare; deinde manumissus peculium petat ex caussa legati: an per doli exceptionem eam summam, quam daturus esset, deducere heres possit: ut ipsi prosit, non manumisso, quod ea pecunia data non est: an vero indignus sit heres, qui contra voluntatem defuncti fecit, eam pecuniam lucrari? Et quum servo nihil absit, et libertas ei competit, invidiosum est heredem fraudari. [33]).

---

[32]) Daß diese Stelle, obwohl sie die exceptio doli als das Mittel die Auslagen wiederzuerlangen nicht nennt, dieselbe doch meinen müsse, ergiebt sich wohl aus der Vergleichung namentlich mit l. 65. eod. (Papinian.)

[33]) Eine specielle Bestätigung des Satzes, daß eine exceptio doli nicht zu Minderung der Condemnation führen könne, findet Brinz, die Lehre §. 23. p. 70. f. in l. 2. §. 7. D. de doli m. exc. 44, 4. (Ulpian.) Item quaeritur, si statuliberum mercatus quis fuerit, jussum X. dare, quum hoc ignoraret, et duplum stipulatus fuerit, deinde X. acceperit? Evicto eo in libertatem, agere ex stipulatu potest: sed nisi X., quae implendae conditionis caussa acceperit, deduxerit, exceptione summovendus erit. Et haec ita Julianus quoque scripsit. Si tamen ex re emptoris, vel ex peculio, quod ad emptorem pertinebat, pecuniam dederit statuliber, potest dici exceptionem non nocere: quia dolo non faceret. — Allein es ist hier nur die besondere Natur des Falles, welche eine gänzliche Abweisung erheischt. Zwar kann der Käufer durch die Weigerung, die 10. vom Sclaven anzunehmen, dessen Freiheit nicht hindern — Ulp. fragm. II. 6; l. 4. §. 10. D. de statulib. 40, 7. —; und man kann deshalb nicht sagen, daß der Evictionsanspruch an sich unbegründet ist, falls er die 10. annimmt, vorausgesetzt immer, daß ihm beim Abschluß des Handels die rechtliche Lage des Sclaven nicht bekannt war l. 39. §. 4. l. 69. pr. §§. 1. 2. D. de evict. 21, 2. Indessen ist, nach Ausweis der unserer Stelle sich anschließenden l. 3. eod., der, nöthigenfalls mit der actio ex empto zuverfolgende, Anspruch auf die 10. mit demjenigen auf die dupla zwar nicht nach der strengen Interpretation, aber in Gemäßheit der Billigkeit unvereinbar — l. 69. cit. §. 3. vgl. l. 10. D. de statulib. 40, 7. —; indem in der als Bedingung der Freiheit dem Sclaven

Sind nun diese allgemeinen und besondern Stellen historischer Beweis genug dafür, daß die Wirkung einer exceptio, sei sie in factum oder de dolo gefaßt, je nach dem zugrundeliegenden Rechtsverhältnisse, auch wohl Minderung der Condemnation sein könne; so fehlt es obendrein keineswegs an einer ausdrücklichen Stelle dafür, daß auch die gerade zur Geltendmachung einer compensabelen Gegenforderung der formula einverleibte exceptio doli eine Verurtheilung des Beklagten in den etwaigen Rest veranlaßt habe. Es ist dies die schon oben §. 10. Note 16. abgedruckte Paraphrase des Theophilus zu §. 30. J. de act. 4, 6., deren Wiederholung wir uns indessen hier nicht entziehen mögen.

— *διάταξις δὲ γέγονε Μάρκου τοῦ βασιλέως, ἥτις φησὶν ἐναγόμενόν με στρίκτα ἀγωγῇ περὶ ι νομισμάτων, καὶ ἀντεποφειλόμενον ε, δύνασθαι ἀντιτιθέναι τῇ ἀγωγῇ τὴν τοῦ δόλου παραγραφήν. καὶ τῆς τοιαύτης ἀντιτεθείσης παραγραφῆς, χώρα δίδοται τῷ δικαστῇ δέξασθαι τὴν κομπεσσατίονα, καὶ εἰς ε μόνα καταδικάσαι νομίσματα.*

Dieser ganz unzweideutigen Auseinandersetzung gegenüber giebt es, die Zulässigkeit einer Klagminderung infolge einer doli exceptio zu leugnen, nur den Einen Weg, den Theophilus des

---

auferlegten Leistung gewissermaßen ein Ersatz für das Eigenthum an demselben liegt, wenn nämlich der Sclav jene Leistung nicht aus dem eigenen Vermögen des Käufers gemacht hat Klagt also der Käufer auf die dupla ohne die empfangenen 10. abzusetzen: so verfolgt er gleichzeitig auf doppeltem Wege sein Interesse, was an sich ganz unzulässig ist. Anderseits jedoch ist kein Grund vorhanden, den Verkäufer einen Gewinn machen zu lassen, indem man ihm den Mehrbetrag der dupla über die 10. erspart; und so läßt man die actio ex stipulatu auf diesen Mehrbetrag zu. Ganz ähnlich ist das Verhältniß der in l. 28. D. de a. e. e. v. 19, 1. behandelten Klagen. Daß die Möglichkeit, das etwaige plus der einen Klage noch nach erfolgreicher Anstellung der andern, mit ihr bis zum gleichen Betrage electiv concurrirenden, Klage zu erlangen, nicht nur dann vorkömmt, wenn diese plenior actio als eine actio bonae fidei durch den Erfolg der andern soweit ipso jure aufgehoben wird, lehrt l. 7. §. 1 D. commod 13, 6. vgl. l. 34 pr. D. de O. et A. 44, 7. und §. 1. eod. v. Savigny, Syst. Bd V. §. 233. p. 228. ff. Aber auch eine solche actio bonae fidei wird völlig zurückgewiesen werden müssen, wenn sie sich nicht von vornherein auf den Ueberschuß beschränkt; und die Worte der l. 28 cit.: ipso jure ex vendito agere non poteris: nisi in id, quod pluris ejus interfuerit, id fieri — sind dem jedenfalls nicht entgegen. — vgl. über die l. 2. §. ult. D. de doli m. exc. Dernburg, p. 231. ff.

Irrthums zu zeihen. Bethmann-Hollweg selbst zwar ist unsere Stelle mit Stillschweigen übergangen; Krug jedoch und nach ihm Brinz [34]) haben jenen Weg betreten. Und was sind ihre Gründe dafür? Theils die bethmann-hollwegsche Lehre von der Wirkung der doli exceptio, theils ein angeblicher Widerspruch der Paraphrase mit dem §. 30. J. selber. Die Unhaltbarkeit der fraglichen Lehre ist dargethan; der Widerspruch des Theophilus mit dem Originaltexte ist schwerlich nachweisbar.

Er soll nämlich darin liegen, daß die Institutionen die Möglichkeit einer Minderung der Condemnation infolge des Einwandes der Compensation bei actiones stricti juris erst der Anordnung Justinians zuschreiben. Könnte man freilich aus den betreffenden Worten des §. 30. — Sed nostra constitutio easdem compensationem — latius introduxit, ut actiones ipso jure minuant, sive in rem, sive in personam, sive alias quascunque — nichts Anderes herauslesen als jene Behauptung: so möchte es um das Zeugniß des Theophilus schlimm stehen. Solange dieselbe aber nicht als durchaus nothwendig erscheint, dünkt mich, ist es etwas gewagt seine Aussage schlechthin für falsch zu erklären, denn es handelt sich hier ja nicht um ein juristisches Urtheil aus feststehenden Thatsachen, das wir auf der gleichen Grundlage täglich neu abgeben und, mit größerer juristischer Urtheilsfähigkeit ausgerüstet als Theophilus, treffender als er abgeben könnten: sondern um eine nackte historische Wahrheit, die zu erkennen uns die Quellen versiegt sind, welche dem Theophilus gewiß im reichsten Maße flossen. Vielleicht, daß er die angezogene Constitution des Marcus Aurelius vor sich hatte [35]). — Nun aber können die angeführten Worte der Institutionen sehr wohl so verstanden werden, daß jeder Widerspruch des Theophilus mit ihnen wegfällt, der ohnehin nur durch die völlig willkürliche Vermuthung zu erklären sein würde, daß Theophilus an dieser Stelle der Institutionen nicht mitgearbeitet habe [36]). Das latius

---

[34]) Krug, die Lehre, §. 20. p. 59. Brinz, die Lehre. §. 19. p. 63. §. 22. p. 66. vgl. Dernburg p. 198.

[35]) Das Präsens: ἥτις φησίν scheint dafür zu sprechen. Freilich giebt Theophilus die entscheidenden Worte nicht als Worte des Rescripts selber an.

[36]) s. oben §. 11. vgl. Brinz, §. 22. p. 66.

introduxit bezieht sich nicht auf die nunmehr erst gestattete Möglichkeit, einer compensabelen Gegenforderung halber die Condemnation zu mindern, sondern auf die Ausdehnung der Compensation auf actiones in rem. — Nimmt man diesen oder einen ähnlichen Ausweg nicht an: so geräth man in ein neues, unlösbares, Dilemma. Theophilus selbst giebt nämlich fast wörtlich die fragliche Institutionenstelle so wieder: ἡ δὲ τοῦ ἡμετέρου βασιλέως παρακελεύεται διάταξις τὰς σαφεῖς καὶ ἀναμφιβόλους κομπεσσατίονας ipso jure μειοῦν τὴν ἀγωγὴν εἴτε in rem ἐστὶν, εἴτε πεσρονалία. at imperatoris nostri constitutio jubet, manifestas et indubias compensationes ipso jure minuere actionem, sive in rem sit sive personalis.) Wie will man das erklären? Entweder müßte schon Theophilus Justinians Neuerung misverständlich so genommen haben, wie wir sie nehmen: wenn das aber möglich war, weswegen hätten die übrigen Redacteure der Institutionen sie anders verstehen müssen? oder Theophilus wäre an dieser Stelle so wenig sein eigener Redacteur gewesen, als Redacteur der Institutionen! —

So dürfte es denn dargethan sein, daß zweifellos wenigstens seit Marcus Aurelius einer compensabelen Gegenforderung halber die in die formula einer actio stricti juris gesetzte exceptio doli die Condemnation habe mindern können. Und damit wäre Bethmann-Hollwegs Erklärung des ipso jure auch in l. 14. Cod. h. t. widerlegt.

§. 13.

III. Brinzens und von Scheurls Auffassungen.

1) Rücksichtlich der Stellen aus classischer Zeit.

a. Brinzens Auffassung.

Wie wir bereits bemerkt haben, nimmt Brinz an, daß schon vor Marcus Aurelius gegenüber actiones stricti juris auf den Grund einer gleichartigen fälligen Gegenforderung die exceptio doli habe erbeten werden können. [1]) Freilich soll die Wirkung dieser exceptio keineswegs eine vom Richter vorzunehmende Compensation, sondern stets, selbst bei dem geringsten Betrage der

[1]) Brinz, die Lehre. §§. 25. ff. p. 76. ff. vgl. oben §. 10.

Gegenforderung, völlige Abweisung des Klägers gewesen sein, ähnlich, wie auch Dernburg für die ältere Zeit dies behauptet. Den Beweis dafür findet Brinz in zwei Pandektenstellen:

l. 13. D. h. t. (Ulpian.) Quod Labeo ait, non est sine ratione: ut, si cui petitioni specialiter destinata est compensatio, in caeteris non objiciatur.

und

l. 2. eod. (Julian.) Unusquisque creditorem suum eundemque debitorem petentem summovet, si paratus est compensare.

Rücksichtlich der ersteren Stelle wird gern zugegeben, daß sie von nichtconneren Gegenforderungen handle; allein ein wenig übereilt jedenfalls muß der Schluß genannt werden, daß sie deshalb lediglich von dem objicere compensationem in judicia stricti juris reden könne. Denn falls man es bei solchen Klagen als dolos ansah, ungeachtet einer gleichartigen fälligen, wennauch nichtconneren, Schuld an ihn, seinen Schuldner auf Zahlung zu belangen: so muste man dasselbe Verfahren, dünkt mich, entschieden contra bonam fidem halten. Folglich wäre nicht nur kein Grund, nein, es wäre geradezu gegen alle Regeln gewesen, hätte man nichtconnere Gegenforderungen zwar in judicia stricti juris, nicht aber in judicia bonae fidei berücksichtigt wissen wollen. Da nun aber noch Gajus in den Institutionen so ausdrücklich die Compensation selbst bei judicia bonae fidei nur ex eadem caussa zuläst; so bleibt, wenn man ihn nicht auch hier, wie bei seinem Stillschweigen über die Compensation gegenüber judicia stricta, einer, hier freilich ziemlich unverzeihlichen, Ungenauigkeit beschuldigen will, schwerlich etwas Anderes übrig, als die Annahme, daß Labeo keineswegs einen für ganze Kategorieen von Klagen gültigen Satz über Gegenforderungen ex dispari caussa habe aussprechen wollen. — Seit der Entdeckung des echten Gajus ist uns in der That die Möglichkeit gegeben, jenen Satz in einer beschränkteren Beziehung zu verstehen. Nichtconnere Gegenforderungen kamen zu Gajus Zeit in Aufrechnung gegenüber den Klagen des argentarius und des bonorum emptor. Und weshalb könnte Labeo nicht von einem dieser Fälle, vielleicht von beiden, geredet haben? [2])

[2]) Ob und wieviel auf Labeos Bekanntschaft mit dem einen oder dem andern dieser Institute aus l. 15. rat. rem hab. 46, 8. geschlossen werden darf,

Was zuerst den Fall des argentarius anbetrifft, so müste man dabei voraussetzen, daß nicht sämmtliche zwischen dem argentarius als solchem und dem Geschäftsfreunde desselben schwebende Obligationsverhältnisse auf Einmal rechtshängig gemacht werden. Wäre dies geschehen, so würde natürlich von der Möglichkeit einer abermaligen [3]) Aufrechnung der bereits abgethanen Gegenforderungen des Geschäftsfreundes mit neu erworbenen Forderungen des argentarius keine Rede gewesen sein. Bei der gewöhnlichen Ansicht daher, daß der argentarius stets nur den Saldo habe einklagen können, mithin stets alle (gleichartigen) Posten eines Contos in seiner Klage berücksichtigen muste [4]), bliebe kaum eine andere Erklärung der Möglichkeit denselben Posten mit jeder unter mehreren Forderungen des Gegners compensiren zu können als die folgende. Der argentarius führt mit Einem und demselben Schuldner etwa für getrennte Handelsetablissements des letztern je ein besonderes Conto. Hier ließe sich denken, daß der Schuldner, aus welchem Conto immer der argentarius seinen Saldo einklagte, ihm alle Gegenforderungen aus den übrigen Contos entgegenstellen dürfte. Allein Labeo entscheidet anders und, wie Ulpian findet, sachgemäß — non sine ratione. Der argentarius braucht nach ihm das Credit seines Geschäftsfreundes gerade nur auf dem Conto abzusetzen, aus dem er seinen Ueberschuß einklagt [5]).

---

lasse ich dahingestellt. Es wird darauf ankommen, ob Paullus in den Worten: et si quis adversus petentem compensatione deductioneve usus sit Labeos Aeußerung referirt oder nicht.

[3]) Man mag sich dies Abthun nun als Folge der processualischen Consumption oder so denken, daß jede fernere Klage auf einen durch eine compensabele Gegenforderung aufgewogenen Betrag als ein pluspetere ein caussa cadere nach sich zog. vgl Brinz c. l. §. 31. p. 95.

[4]) vgl. Bethmann-Hollweg c l. p. 283. und dazu Brinz, §. 31. Note 8. p. 91. Dernburg §. 5. p. 50.

[5]) Hätte man freilich Grund mit W. Th. Kraut, de argentariis et nummulariis comm. Gott. 1826. c. XII. p. 123. ff. anzunehmen, daß in alter Zeit auch gegenüber der Klage des argentarius nur materiell connere, wennschon formell nichtconnere, Gegenforderungen hätten zur Compensation gebracht werden dürfen: so könnte man diese Stelle auf den Fall des argentarius so wenig beziehen als auf die gewöhnliche Compensation in judicia b. f., weil schon die bloße Möglichkeit fehlte Eine und dieselbe Forderung mehre-

Für die andere Möglichkeit, den Fall des bonorum emptor, hat sich schon Dernburg erklärt [6]). Der Concursgläubiger, der seinerseits aus mehreren Gründen dem Cridar und nach der bonorum venditio folgeweis dem bonorum emptor verpflichtet war, soll nur gegen Eine der mehreren Forderungen des letztern seine Forderung zur deductio bringen. Wenn es nun selbstverständlich ist, daß die, der deductio stattgebende, richterliche Entscheidung über die Einmal behufs der deductio der Formel eingefügte Gegenforderung, diese einfürallemal abthut: so ist eine mehrfache Benutzung derselben Forderung zur deductio nur in mehreren gleichzeitig anhängigen Processen denkbar. [7]) Wenn nun der mehr-

ren andern gegenüber zur Compensation bringen zu können. Dies materielle Erforderniß würde man aber schwerlich auch auf den Fall des bonorum emptor ausdehnen wollen.

[6]) Das in caeteris, welches auf eine abgegrenzte Zahl von mehreren Forderungen hindeuten soll, würde ebensogut zu den mehreren Contos meiner Erklärung, als zu den mehreren Forderungen des bonorum emptor an Einen Concursgläubiger passen. — Zu erwähnen bleibt, daß die Stelle nach der Florentina aus Ulpians lib. 66 ad Ed. genommen ist, aus dem sich gemäß Hommels Palingenesia in den Pandekten sonst noch finden: l. 56. de proc. 3, 3. l. 9. de condict. indeb. 12, 6. l. 9. de obsequ. parent. 37, 15. (al. ex libr. 60.) l. 6. de re jud. 42, 1. l. 18. eod. l. 1. quae in fraud. cred. 42, 6. l. 3. l. 6. eod. l. 45. de R. J. 50. 17.; deren größere Hälfte vom Concursverfahren handelt, was Dernburg bemerkt hat.

[7]) Mehrere gleichzeitig anhängige Klagen unter denselben Personen können bald vor Einem judex, bald vor verschiedenen judices verhandelt werden. Das Erstere ist im römischen Verfahren das bei weitem Gewöhnlichere. — s. Planck, die Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten im Proceßrecht. §. 9. p. 68. s. auch Dernburg, §. 26. p. 261. ff. — Wenn nämlich mehrere Klagansprüche gegen Eine Person gleichzeitig bei demselben Magistrate verfolgt werden, weist dieser sie vor Einen Richter, Gaj. IV. 122. Hat der Kläger es versäumt, einen bereits zur Zeit der Anhängigmachung des andern Anspruchs fälligen Anspruch mitanhängig zu machen, so kann er während derselben Prätur deswegen überall nicht weiter klagen. War nun das zuerst angeordnete judicium entweder durch Sentenz beendigt oder als judicium, quod imperio continebatur, mit der Prätur erloschen, innerhalb welcher es angeordnet war: so konnte ohnehin von einer Berücksichtigung und resp. wenigstens von einer abermaligen Berücksichtigung der Gegenforderung in einem neuen Processe nicht die Rede sein. Nur wenn über die zuerst anhängig gemachte Forderung ein judicium legitimum angeordnet war, welches während der Amtsdauer des dasselbe niedersetzenden Prätors durch Sentenz noch nicht beendigt worden, konnte über eine andere, bereits zur Zeit der Anhängigmachung der ersten fällige,

fach vom bonorum emptor belangte Concursgläubiger einen Anspruch des Gegners zugestand, so genügte es ihm augenscheinlich völlig, gegenüber diesem Einen Anspruche seine Gegenforderung geltendzumachen (vorausgesetzt, daß diese nicht größer war als jene). Wie aber war es, wenn er principaliter die Ansprüche des bonorum emptor leugnete: hätte er da eventuell seine Gegenforderung nur Einem derselben entgegenstellen können? Dann hätte er, falls sich gerade derjenige Anspruch als unbegründet erwies, dem die deductio opponirt worden war, den einzigen Vortheil derselben, nämlich die Berücksichtigung seiner ganzen Forderung verloren; denn durch eine eventuell mit der Vorklage verbundene Widerklage hätte er ja stets nur den vom bonorum emptor gebotenen Procentsatz erlangen können [8]). Es scheint daher gewiß natürlich ihm zugestatten, einer jeden der principaliter von ihm geleugneten Forderungen des bonorum emptor eventuell seine Gegenforderung behufs der deductio zu opponiren; den Kläger jedoch vor der Gefahr eines mehrfachen Abzuges auf irgend eine Weise zu schützen. Dabei würde es auch einen Unterschied durchaus nicht machen, ob die verschiedenen Klagen des bonorum emptor vor Einem judex, oder ob sie vor mehreren judices verhandelt werden. — Bei dieser Auffassung der l. 13. müßte man dann freilich das petitioni specialiter destinata compensatio nicht, mit Dernburg, von der Einschaltung der Gegenforderung in die Formel, sondern von der Berücksichtigung derselben durch

---

Forderung des bonorum emptor gegen denselben Concursgläubiger, in einem vom folgenden Prätor angeordneten judicium, gleichzeitig mit der Verhandlung über die erste Forderung verhandelt werden. Das Gleiche gilt von solchen Forderungen, welche, zur Zeit der Anhängigmachung der ersten noch nicht fällig, ehe das über diese eingesetzte judicium beendigt war, anhängig gemacht wurden. Und nur in diesen beiden Fällen wird es regelmäßig gewesen sein, daß über die verschiedenen Forderungen verschiedene Richter urtheilten. Der Hauptfall blieb immer der, wo Ein und derselbe judex durch mehrere selbständige Formeln über verschiedene Klagansprüche des bonorum emptor gegen den Concursgläubiger zu urtheilen angewiesen wurde. Und damit fällt ein Hauptbedenken Dernburgs p. 59. gegen die Einschaltung der deductio Einer Gegenforderung in mehreren Formeln weg, daß nämlich sonst verschiedene Richter leicht dieselbe Forderung mehrfach hätten abziehen können, wenn es überhaupt einen rechtlichen Unterschied machte, ob Einer oder verschiedene Richter urtheilten.

[8]) A. M. scheint Dernburg p. 58.

den Richter verstehen; und das objiciatur hieße nicht das Opponiren im Litiscontestationstermine behufs jener Einschaltung in die Formel, sondern das, erfolgreiche, Berufen auf die Gegenforderung in judicio. — Den Schutz des Klägers gegen eine mehrfache deductio könnte man sich zunächst durch einen ferneren Formelsatz vermittelt denken, welcher, nach Analogie des Verhältnisses zwischen Exception und Replik, gestützt auf die Eventualität einer, zwischen der Ertheilung der Formel und der Sentenz daraus in einem andern judicium erfolgten Berücksichtigung der Gegenforderung, den Worten der deductio etwa folgendermaßen angehängt würde: deducto eo, quod invicem defraudatoris nomine A^s A^s N^o, N^o debet, s i d e eo j u d i c a t u m n o n e r i t. Allein gegen eine solche ausdrückliche Vorschrift eventueller Nichtberücksichtigung der Gegenforderung spricht, wie mich dünkt, der Ausdruck Ulpians: non est sine ratione. Dieser scheint vielmehr auf das Ergebniß einer Interpretation hinzuweisen. Und so möchte denn Labeo das in der condemnatio stehende Wort debet, oder was statt dessen vielleicht dagestanden hat, auf die Zeit der Sentenz bezogen und somit die abermalige Berücksichtigung einer vor der Sentenz schon abgethanen Gegenforderung ausgeschlossen haben.

Im justinianeischen Rechte hat die Stelle wohl die dieser letztern entsprechende Bedeutung, die Compensation mit einer zur Zeit der Litiscontestation noch existirenden [9]), seitdem aber durch anderweite Compensation getilgten Forderung auszuschließen, — wobei an die Formelfassung natürlich nicht mehr gedacht wird. — Man könnte freilich in unserer l. 13. allenfalls auch das ausgesprochen finden, was der Erklärung vom Falle des Argentarius analog sein würde, daß Gegenforderungen, welche der Absicht der Parteien gemäß von vornherein ausschließlich für einander bestimmt sind, etwa auch aus Einem Conto, nicht mit anderweitigen sollen compensirt werden.

Jedenfalls folgt aus der l. 13. nichts dafür, daß bereits zu Labeos Zeit allgemein die Möglichkeit der Compensation in judicia stricti juris vorgelegen habe.

Was l. 2. D. h. t. anlangt, so ist schon oben in §. 10. nachgewiesen, daß sie in ihrer ursprünglichen Bedeutung nur von

---

9) vgl. l. 8. D. h. t. (Gaj.)

der ipso jure statthabenden Compensation bei actiones bonae fidei rede, und daß daher aus ihr auch nicht der zweite von Brinz behauptete Punct sich ergebe: die Wirkung der behufs der Compensation impetrirten exceptio doli sei stets gänzliche Abweisung der Klage gewesen. —

So fällt der Grund der Ansicht zusammen, daß nicht erst M. Aurelius die Compensation bei actiones stricti juris eingeführt habe [10]).

Allein, wenn selbst Brinz von jener Ansicht zurückkäme, so würde diese Aenderung seiner Meinung nur etwas Unwesentliches an dem Ausgangspuncte betreffen, von dem aus er zu seiner Erklärung des ipso jure compensatur gelangt.

Dieser Ausgangspunct ist nämlich der Satz, daß die exceptio doli stets zur völligen Abweisung der Klage habe führen müssen [11]). Eine solche Ungelenkheit habe natürlich mancherlei Unbilliges mit sich gebracht. Wenn z. B. der eine die Forderung des andern nicht ableugnete, aber auch nicht anzuerkennen vermochte; oder wenn man nur über die Größe der Forderungen uneinig war: da habe klagen wagen, compensiren wegschenken geheißen. Zuwarten und sich Gewißheit verschaffen sei freilich übrig geblieben. Aber wie, wenn Gajus 1000., Sejus nur 100. zu fordern hatte: sollte Gajus mit 900. zuwarten, bis gewiß war, ob er mit den übrigen 100. compensiren solle? All diese 900. seien über die Billigkeit der Compensation hinausgegangen, und dennoch habe sie ihrethalben aufgehalten werden dürfen. Sejus habe sich nicht damit zu begnügen gebraucht, daß Gajus 100. zu

---

[10]) Freilich hat Brinz p. 17. p. 57. f. noch einen andern. Die eaedem compensationes, welche nach §. 30. J. de act. Justinian latius introduxit, seien solche, welche den von M. Aurel eingeführten genau entsprechen. Da nun aber diese auch gegen in rem actiones gehen, bei in rem actiones eigentliche Compensation nicht vorkommen könne, sondern nur Retention: so habe auch M. Aurel nur von retentiones rescribirt. — Dieser Grund widerlegt sich mit der unten §. 27. zuerörternden Möglichkeit der Compensation bei in rem actiones. — Daß M. Aurel nicht erst die Retention in str. j judiciis eingeführt hat, darüber s. l. 8. D. de vino, trit. 33, 6. (Pompon.) l. 60. D. de legat. I. (Julian.) l. 4. §. 8. D. de doli m. exc. 44, 4. u. s. w. Dernburg p. 197. sub 4.

[11]) Brinz, die Lehre. §. 29. ff. p. 83. ff. Das Nachstehende ist großentheils wörtlich.

einer etwaigen Compensation zurückstellte. Also habe man die Wahl gehabt alle 1000. einzuklagen und zu wagen, oder, wenn man mit ihnen nicht warten konnte, oder warten nichts half, 100. in der Ungewißheit, ob man sie schuldig war oder nicht, zu compensiren. — Diesen und etwa sonstigen iniquitates der exceptio doli habe man dadurch abhelfen können, daß man in Fällen besagter Art den Ueberschuß ohne vorgängige außergerichtliche Compensation und ohne Gestattung einer exceptio doli einklagen ließ. Und dies sei jedenfalls bald die allgemeine Regel geworden, in der ein heilsamer Fortschritt gelegen habe. Denn während sie einerseits die in der Compensation liegende Billigkeit gewahrt habe, daß die Parteien von der Pflicht des natürlichen solvere insoweit entbunden werden, als die Beträge hier und dort sich decken, habe sich anderseits ihre allgemeine Einführung dadurch empfohlen, daß bei ihr die frühere Weitläufigkeit einer vertragsmäßigen Compensation unnöthig geworden sei.

Was die Form anbetrifft, so habe darin, daß ein Ueberschuß eingeklagt werden sollte, Aufgabe und Lösung gelegen. Denn, wenn dies auch in denjenigen Fällen geschehen sollte, in denen der Beklagte, was der Kläger als Ueberschuß bezeichnete, als solchen nicht anerkannte: so habe dem Beklagten die Möglichkeit gegeben werden müssen, sich gegen diesen Ueberschuß zu vertheidigen. Daß so und so viel nicht Ueberschuß sei, ergebe sich jedoch nur durch Vergleichung der beiderseitigen Forderungen. Die Gegenforderung in judicio vorzubringen habe demnach dem Beklagten gestattet, sie zu berücksichtigen aber dem Richter geboten sein müssen. — Allein, da in den üblichen Formen des judicium stricti juris alles schlechthin auf Eine Forderung laute, wo nicht etwa eine exceptio auf einer Gegenforderung beruhe; da ferner die exceptio nicht gegen die Größe, sondern gegen die streng rechtliche Existenz der Forderung gerichtet sei, mithin zur Condemnation auf einen Ueberschuß nicht führen könne: so habe zwar jenes Gebot an den Richter nicht vermittels der formula pura, allein noch weniger vermittels einer exceptio ertheilt werden können; sondern nur durch einen Zusatz in der intentio. Da nun aber der Kläger zwar habe gezwungen werden können, einen Ueberschuß einzuklagen, es ihm dagegen habe freistehen müssen, die Gegenforderung so gering und deshalb den Ueberschuß so hoch anzuschlagen, als er wollte, also, falls er die Gegenforderung als null

betrachtete, seinen ganzen Anspruch als Ueberschuß einzuklagen: so beruhe das Wesen dieser Compensation nicht darin, daß der Kläger etwas abziehe. Alles sei vielmehr nur darauf angekommen, daß die Intention einen Ueberschuß, und insofern einen Abzug, eine Compensation vorstellte. Und so habe man denn von dieser Compensation sagen können, sie finde ipso jure statt, nicht vermittels exceptio, nicht facto hominis.

Halten wir hier einen Augenblick an. Es ist nicht schwer zu sehen, daß diese ganze Darstellung ihre innere Wahrscheinlichkeit einbüßt, sobald erhellt, keinerlei Zweckmäßigkeit habe eine neue Weise der Compensation geboten. Das aber ist sofort klar, wenn es anders richtig ist, daß eine exceptio doli nicht blos gänzliche Abweisung der Klage, sondern auch Minderung der Verurtheilungssumme zu bewirken vermochte [12]). Denn mit der Wahrheit dieses Satzes stellen sich jene iniquitates, welche die Veranlassung zu einer eigenthümlichen Klagform gegeben haben sollen, als leere Gebilde der Phantasie dar.

Möglich bliebe indeß eine neue Klagform nichtsdestoweniger. Aber sie muß aus positiven Bestimmungen unzweifelhaft erwiesen sein, soll sie geglaubt werden. Und wies mit jenem Nachweise steht, werden wir jetzt sehen.

Es gab, wie wir aus Gajus Institutionen IV. 64—68. erfahren, eine eigenthümliche Art der gerichtlichen Compensation bei Klagen, welche ein argentarius gegen seinen Geschäftsfreund anstellte. Dieser sollte, wie schon oben bemerkt ist, stets nur den Saldo ausklagen; und um das zu erreichen zwang man ihn auf die Weise cum compensatione zu klagen, daß die intentio seiner Klage etwa auf ein dare oportere amplius quam ipsum dare oportet [13]) gefaßt wurde. Eine derartige Fassung schrieb dem Richter vor die Forderungen beider Theile zu prüfen. Fand er dabei, daß der Kläger nur das Geringste zuviel angesetzt habe, so hatte er denselben als einen plus petens gänzlich abzuweisen. [14])

Diese actio cum compensatione nun, wie sie beim argentarius vorkam, soll nach Brinz es sein, was noch vor Paullus das allgemeine Mittel geworden wäre dem in einem judicium

[12]) s. oben §. 12.
[13]) s. von Scheurl, Beitr. Nro. X. p. 272.
[14]) Gaj. IV. 68.

stricti juris Beklagten die Billigkeit der Compensation zu verschaffen.

Die Anknüpfungspuncte dafür findet Brinz in Folgendem.

Erstens werde uns bezeugt, daß zu Paullus Zeiten ganz allgemein derjenige, welcher eine Forderung einklagte ohne der vorgeschützten compensabelen Gegenforderung gebührende Rechnung zu tragen, wegen einer pluspetitio den Nachtheil des caussa cadere erlitten habe.

Paullus Sent. recept. lib. 2. tit. 5. de pignoribus. §. 3. — Compensatio debiti ex pari specie et causa dispari admittitur: velut si pecuniam tibi debeam et tu mihi pecuniam debeas, aut frumentum aut caetera hujusmodi, licet ex diverso contractu, compensare vel deducere debes. Si totum petas, plus petendo caussa cadis.

Paullus lib. 3. ad Sabinum. (l. 4. D. de compensationibus 16, 2.) Verum est, quod et Neratio placebat, et Pomponius ait, ipso jure eo minus fidejussorem ex omni contractu debere, quod ex compensatione reus retinere potest: sicut enim, quum totum peto a reo, male peto, ita et fidejussor non tenetur ipso jure in majorem quantitatem, quam reus condemnari potest.

Wenn aber die pluspetitio nur bei einem plus intendere vorkommen, nicht erst Folge einer exceptio sein konnte; so sei zunächst das gewiß, daß zu Paullus Zeiten die Berücksichtigung einer compensabelen Gegenforderung nicht ope exceptionis erzwungen worden. Weiter aber dürfe man sich nicht etwa vorstellen, ein pluspetere könne dadurch herauskommen, daß der Beklagte noch in judicio seine Gegenforderung opponire; denn so wenig die Existenz der einen die andere Forderung aufhebe, so wenig vermöge die Verminderung des Klaganspruchs, welche durch die in judicio erfolgende Berufung auf den, vielleicht bis dahin dem Kläger absichtlich verheimlichten, Gegenanspruch möglicherweise eintrete, rückwärts zu bewirken, daß schon in jure zuviel verlangt sei. Sofern also eine Zuvielforderung von einer Gegenforderung habe hergeleitet werden sollen, habe die letztere schon in jure erwähnt werden müssen. Allein die bloße Erwähnung der Gegenforderung in jure habe nicht genügt; dieselbe habe, des Richters halber, in die Formel, und zwar, da nach materiellem Rechte nicht schon deshalb zuviel gefordert worden,

weil eine compensabele Gegenforderung existirte, derart aufgenommen werden müssen, daß die intentio auf einen Ueberschuß gerichtet wurde. Damit haben wir aber eben die actio cum compensatione, wie sie beim argentarius vorkam.

Es ist nicht zu verkennen, daß Brinz auch in dieser Deduction mit hervorspringendem Scharfsinne verfahren ist; allein nichtsdestoweniger dürfte dieselbe nicht ganz stichhaltig erscheinen, wenn wir uns einer Prüfung des Einzelnen unterziehen.

Den ersten Schluß, daß mit dem pluspetere wegen einer nicht gebührend berücksichtigten Gegenforderung die Geltendmachung derselben vermittels einer exceptio unvereinbar sei, müssen wir durchaus richtig nennen. Auch der zweite Schluß ist nicht falsch. Da nämlich, dargethanermaßen, weder die bloße Coexistenz die sich deckenden Beträge compensabeler Gegenforderungen vernichtet; noch eine Spur davon sich findet, daß die Verminderung, welche der Klaganspruch in judicio durch eine erst in diesem Stadium zur Vertheidigung benutzte Gegenforderung etwa erleidet, als solche auf den oder vor den Augenblick der Litiscontestation zurückgezogen werden müste: so kann eine compensabele Gegenforderung auf den Inhalt des Klaganspruchs, der in der intentio seinen Ausdruck hat, nur unter der Voraussetzung vermindernd wirken, daß der Beklagte spätestens in jure sich auf sie beruft. — Allein schon darin ist, glaube ich, Brinz willkürlich, daß er statt des Berufens ein Erwähnen fordert. Ein Berufen aber auf einen Vertheidigungsgrund ist es nicht blos, wenn man denselben detaillirt angiebt; auch die einfache Behauptung, man sei nicht verpflichtet, sofern sie in dem Bewustsein des die Befreiung bewirkenden Vertheidigungsgrundes, selbst ohne dessen ausdrückliche Bezeichnung, geschieht, würde man ein Berufen auf denselben nennen müssen. Und ein Berufen der letztern Art genügt an sich für das Verfahren in jure, in dem es sich wesentlich nur um die Ansprüche als solche, nicht um ihre rechtliche Begründung handelt; bei solchen Vertheidigungsgründen, welche den Anspruch des Klägers geradezu, ipso jure, verneinen, stets, bei solchen, welche ihn ope exceptionis zurückschlagen, wenigstens dann, wenn eine generelle Fassung der exceptio wie die der exceptio doli generalis ausreicht. Es begreift mithin jener Schluß keineswegs die Nothwendigkeit einer speciellen Angabe der Gegenforderung in sich. Und daß diese lediglich aus der Rücksicht sollte gefordert

sein, weil es kommen konnte, daß der Kläger von der Gegenforderung keine Kenntniß hatte: das scheint mir nach den allgemeinen Grundsätzen der Römer über diesen Punct nicht glaubwürdig. Sagen sie doch sonst schlechthin: qui agit, certus esse debet, quum sit in potestate ejus, quando velit experiri: et ante debet rem diligenter explorare et tunc ad agendum procedere.[15])

Wenn es sich nun aber gerade darum handelt zu bestimmen, ob infolge der nach Julian, und nach Marc Aurel, rücksichtlich der Compensation vorgenommenen Aenderung die compensabele Gegenforderung, auf deren Grund der Beklagte den Anspruch des Klägers bestreitet, in jure ausdrücklich angegeben werden müssen, oder aber, ob jenes Bestreiten des Klaganspruches genüge, damit der judex privatus die erst vor ihm angeführte Gegenforderung berücksichtigen dürfe: so scheint es mir nichts minder als eine einfache petitio principii zu sein, daß Brinz behauptet: es sei des Richters halber sogar eine Erwähnung der Gegenforderung in der Formel nothwendig gewesen.

Ein bloßes Fortbauen auf dieser petitio principii ist es, wenn Brinz [16]) in den Worten der l. 4. D. cit. — fidejussor non tenetur ipso jure in majorem quantitatem, quam reus condemnari potest — gerade seine Ansicht über die Verallgemeinerung der actio cum compensatione findet. Darin, meint er, habe Donellus allerdings recht, daß dies ipso jure im Gegensatze zu ope

---

[15]) l. 42. D. de R. J. 50, 17. — Ich weiß nicht, ob ich besondern Nachdruck auf diese Stelle legen soll, weil sie aus demselben lib. 9. ad edict. provinc. genommen ist, in dem ihr Verfasser von der Compensation redet — s. l. 5. und l. 8. D. h. t. —; denn dieser Verfasser ist Gajus. — Dernburg §. 23. p. 243. sagt wohl zu allgemein, daß nach dem römischen Grundsatze der Debitor seine Schuld genau zu kennen und anzuschlagen nicht verpflichtet sein kann. Die Römer stellen alles darauf, ob man klagend auftritt oder verklagt wird. — vgl. auch Bachov. Echtii Comm. in 4. Inst. jur. civ. D. Justin. libr. theoretici et practici. Francof. 1661. ad § in b. f. J. de act. „Scribit porro hoc §. Hotomannus, ideo in stricto judicio non fuisse locum compensationi. quae ipso jure minuit debitum, quoniam alias — actor incideret in periculum pluspetitionis Sed — inepta penitus est consequentia, quod ob id reus inciderit in periculum pluspetitionis. Etenim scire quisque debet, quid ipse debeat alteri vicissim, itaque minus petere debeat, aut clausula aliqua inserta sibi cavere a periculo pluspetitionis." etc.

[16]) § 33 p. 110. ff.

exceptionis stehe. Allein Paullus sage ausdrücklich: ipso jure eo minus fidejussorem ex omni contractu debere, quod ex compensatione reus retinere potest; spreche also auch von obligationis stricti juris. Wie sei es nun dem Beklagten möglich gewesen bei einer actio stricti juris, in deren Wesen strenge Einseitigkeit liege, noch ipso jure in judicio eine Forderung zu opponiren? [17]) — Das ist ja gerade die Frage: ob es möglich war.

Einen zweiten Beweis für die Verallgemeinerung der actio cum compensatione erblickt Brinz in l. 21. D. h. t. [18]). (Paull.)

Postea quam placuit inter omnes id, quod invicem debetur, ipso jure compensari, si procurator absentis conveniatur, non debebit de rato cavere, quia nihil compensat, sed ab initio minus ab eo petitur.

Bevor ich weiter auf die Ausführungen Brinzens in Betreff dieser Stelle mich einlasse, möge hier Eine Bemerkung stehen.

Nach Brinzens Meinung handelt es sich bei dem ipso jure compensari lediglich um eine Aenderung der processualischen Geltendmachung einer compensabelen Gegenforderung durch allgemeine Einführung einer besondern Formelfassung deshalb [19]). Wessen Sache aber war in Rom die Formelfassung?

---

[17]) Donellus, meint Brinz, der, vor der Entdeckung des echten Gajus, freilich auf die Form der actio cum compensatione nicht kommen konnte, sei zu entschuldigen, daß er die Compensation schlechthin ipso jure habe opponiren lassen wollen. Denn er habe die strenge Einseitigkeit der judicia stricti juris nicht kennen können. Nun weiß ich in der That nicht, weshalb Donellus das nicht soll gekonnt haben? Gajus III. 137. sagt über diesen Punct kaum mehr als der entsprechende §. 3. J. de obl. ex consensu. 3, 22; Theophilus aber ad h. l. ist weit ausführlicher als Gajus. Ob Donellus die deutlichste Stelle kannte, Schol. 2. ad Basil. XI. 1. l. 7. (Ed. Heimbach. Tom. I. p. 563) muß ich dahingestellt sein lassen. — s. auch Cic. de off. III; 17, 70 (vgl. oben §. 8) — Schulting ad Paull. R. S. 2; 5, 3. Note 11. — Et in stricti juris judiciis compensatio debet ex alia caussa venire, quoniam negotia illa ab una parte tantum obligationem pariunt. — Vgl. auch v. Vangerow, Lehrb. §. 139 Anm. I. sub 7. — Hätte Donellus also die strenge Einseitigkeit der judicia stricti juris nicht gekannt, so wäre er schwerlich zu entschuldigen. Allein, er hat sie in der That sehr wohl gekannt. s. Donell. Comm. ad tit. Inst. de act. ad §. 28. h. t. §. XX sub 49. 50. (Ed. Lucc. Tom. VI. col. 785. ff.)

[18]) §. 35. p. 104. ff.

[19]) Wenn man das ipso jure im gewöhnlichen Gegensatze zu ope exceptionis nimmt, so kömmt zwar auch eine formelle Aenderung heraus, allein

Allein des Prätors. So hätte denn auch der Prätor jene Aenderung einführen müssen. Was sagt nun l. 21. cit.? placuit inter omnes ipso jure compensari. Dies faßt Brinz, wenn ich anders dessen Meinung recht verstehe, obwohl er das inter omnes nicht zu placuit zieht, auf: es ist die Ansicht der Juristen geworden; es ist durch die Jurisprudenz eingeführt.[20] — Und wie, frage ich, wäre des möglich gewesen?[21])

§. 14.

b. von Scheurls Auffassung.

Diesen Einwurf freilich hat von Scheurl zu vermeiden gesucht.[1]) Nach ihm wäre jene Veränderung nicht durch die Jurisprudenz entschieden, sondern durch ein Rescript des Marcus Aurelius veranlaßt, auf dessen Bestimmung Paullus in l. 21. cit. sich augenscheinlich bezöge.

---

doch immer erst als etwas, der Theorie nach, Secundäres: die eigentliche Aenderung würde in der veränderten Auffassung des materiellen Verhältnisses beruhen, in welchem der Vertheidigungsgrund der Compensation zu der dadurch entkräfteten Verpflichtung steht. s. oben §. 4. zu Eingange. Nach Brinz aber wäre in diesem materiellen Verhältnisse nichts geändert. — Daß übrigens gerade die Auffassung dieses Verhältnisses Sache der Jurisprudenz war, bedarf keines Beweises.

[20]) s. z. B. § 29 p. 86. „Es brauchte die geschickte Hand der römischen Juristen." §. 33. p. 102. „Man darf vermuthen, daß, ehe das placuit, dessen l. 21. D. h. t. gedenkt, zustandekam, einzelne Juristen die Ausdehnung der actio cum compensatione inter omnes begehrten." s. auch Brinz, Pandekten. §. 149. p. 615. „Wenn nun aber diese allgemeine Anerkennung — was man doch wohl nicht in Abrede stellen wird — noch in classischer Zeit erfolgt ist [l. 21. D. h. t.]" pp.

[21]) Ganz anders, wenn man zu der wissenschaftlichen Ansicht gelangte, die Compensation tilge etwa wie Zahlung die Verpflichtung, hier hatte der judex privatus ohne weiteres auf sie Rücksicht zu nehmen; der Beklagte brauchte sich nicht erst die exceptio doli zu erbitten. Man sieht, daß bei dieser Aenderung die Mitwirkung des Prätors gar nicht in Betracht kömmt.

[1]) Beiträge zur Bearbeitung des römischen Rechts. Erlangen, 1853. Nro. VII. Compensation. p. 161. ff. namentlich p. 165. — Allerdings läßt von Scheurl es zweifelhaft, ob nicht M. Aurel jene Aenderung nur festgestellt, bestätigt habe. Diesen Zweifel trifft allerdings jener Einwurf auch.

Die Darstellung der Institutionen indeß dürfte ebenso wenig als die des Theophilus, auf welche Stellen von Scheurl für seine Behauptung sich beruft, dieselbe beweisen. Die Institutionen sagen: et in stricti juris judiciis, ex rescripto D. Marci, opposita doli mali exceptione, compensatio inducebatur. Gewöhnlich versteht man das vielmehr so, als habe M. Aurelius bestimmt, in judicia stricti juris sollte die Berücksichtigung einer compensabelen Gegenforderung dadurch erzwungen werden, daß der Beklagte sich eine doli exceptio in die Formel setzen ließ. von Scheurl behauptet zwar [2]), opponere exceptionem doli bedeute nicht nur, daß auf Verlangen des Beklagten jene Einrede in in die vom Kläger angenommene Formel eingerückt sei, sondern könne sehr wohl auch das bloße Vorbringen des Einwandes der Unredlichkeit in jure vor Abfassung und Ertheilung der Formel bezeichnen. Ja, diese Bedeutung liege am nächsten. Jedenfalls sei exceptio in dieser Verbindung die Einrede im materiellen Sinne des Wortes; eine exceptio im formellen Sinne, d. h. als Beschränkung des in der Formel an den Judex gerichteten Condemnationsbefehles, müsse gerade dadurch erwirkt werden, daß man in jure die Einrede im materiellen Sinne des Wortes vorschützte [exceptio opponitur]. Bei der gewöhnlichen Auffassung des „opposita doli mali exceptione“ dagegen sei man genöthigt eine Wirkung des exceptionem opponere hinzuzudenken, welche keineswegs nothwendig daraus folge, da es ja erst noch einer impetratio exceptionis zu ihrer Verwirklichung bedürfe. — Ich möchte glauben, daß von Scheurl in dieser Deduction durch den Ausdruck: „exceptio im materiellen Sinne“ irregeleitet ist. Die Römer nennen in der That die Berufung auf die s. g. materielle exceptio, d. h. das Einrederecht, gar nicht exceptionem opponere. Dies erhellt daraus, daß sie, falls das in Bezug genommene Einrederecht in jure sofort liquid ist, stets von einem denegare actionem sprechen, während der Ausdruck exceptio gerade nur da gebraucht wird, wo, wegen der Illiquidät des in Bezug genommenen Einrederechtes, eine formelle exceptio ertheilt werden muß. [3]) Insofern mag dagegen von Scheurl recht haben,

---

[2]) c. l. p. 162. namentlich Note 6.

[3]) s. z. B. l. 21. §. 9. D. de recept. qui arb. 4, 8. l. 7. 9. pr. D. de

als opponere exceptionem zunächst allerdings die Thätigkeit des Beklagten bezeichnet, der in jure seinen Vertheidigungsgrund in derjenigen Fassung vorbringt, in welcher er demnächst in die Formel gesetzt werden soll. [4]) Allein, falls nicht schon sofort klar ist, daß der Vertheidigungsgrund unzulässig sei, muß der Prätor die postulirte exceptio geben. Und wenn sonach die impetratio exceptionis die regelmäßige Folge der oppositio oder postulatio ist, so scheint es nicht auffallend statt impetrare exceptionem — opponere exceptionem zu sagen. [5]).

Schließen mithin die angeführten Worte der Institutionen die gewöhnliche Auslegung nicht aus, so enthalten sie anderseits gewiß nichts von dem, was von Scheurl aus ihnen herauslieſt. Falls der Beklagte den Einwand der Unredlichkeit in jure vorgebracht habe, so solle eben nun keine exceptio doli in die Formel gesetzt, sondern es solle dieser eine solche Einrichtung gegeben werden, daß der Richter, wenn er den Compensationsanspruch begründet finde, nicht etwa den Kläger abweisen, sondern nur seine Verurtheilung auf ein Minderes beschränken müsse. — Ich begnüge mich hiergegen das zu wiederholen, was Dernburg [6]) nachdrücklich bemerkt hat. „Man muß in der That bereits entschlossen sein, den einfachen Gedanken der Institutionen um jeden Preis zu verwerfen, wenn man eine solche Erklärung annehmbar finden will. Was die Institutionen hervorheben, wird dadurch zu einem unwesentlichen Factum herabgedrückt; wovon sie nicht reden, wovon sich auch nicht die entfernteste Spur findet, als ihr eigentlicher Gedanke, als das einzig Relevante und Charakteristische hineingelesen."

Dasselbe gilt vielleicht in noch höherem Grade, wenn man von Scheurls Interpretation des §. 30. J. mit den Worten des

jurej. 12, 2. l. 34. 40. D. sol. matr. 24, 3. l. 1. §§. 2. 4. D. ad SC. Trebell. 36, 1. u. s. w. v. Keller, Civilpr. §. 36. Note 390. Dernburg p. 200.

[4]) Dies soll es auch wohl sein, was Dernburg p. 200. so ausdrückt: „Opponere exceptionem war ein prägnantes ponere und hatte technisch den Sinn einer durch den Beklagten der Formel zugesetzten Exception." vgl. v. Savigny, Syst. Bd. V. §. 226. Note n.

[5]) So kömmt es in einer ganzen Reihe von Stellen vor. s. B. l. 27. §. 6. de pact. 2, 14. l. 57. §. 1. D. de procurat. 3, 3. l. 23. §. 3. D. de cond. ind. 12, 6. u. s. w. s. Brissonius de V. S. Ed. Hein. sub v. opponere. Nro. 1. vgl. auch Dernburg p. 200. f.

[6]) p. 199. f.

Theophilus vergleicht, dessen Glaubwürdigkeit gegen die Angriffe derer zu retten, welche eine Minderung der Condemnation infolge einer doli exceptio trotz des Theophilus für unmöglich erklären, von Scheurl gerade jene Interpretation versucht hat. Es stünde um diese Glaubwürdigkeit in der That schlimm, wenn sie nur auf solche Stützen gebaut werden könnte. Denn auch Theophilus drückt sich so aus, daß man zunächst gewiß bei seinen Worten an eine Minderung der Condemnation denkt, welche einer compensabelen Gegenforderung halber eintreten zu lassen der Richter durch eine in die Formel gesetzte doli exceptio bevollmächtigt ist. Wo das nicht mit Nothwendigkeit darin liegt, so ist wenigstens für von Scheurls Hypothese dort nicht der geringste Anhaltspunct. [7])

Allein, wenn man selbst die Möglichkeit derselben zugeben müste; wenn man ferner zugeben müste, daß ein Zusatz, den der Prätor, durch kaiserliche Auctorität gezwungen, dem Edicte beifügte, allenfalls kurzweg dem Kaiser selbst zugeschrieben werden mochte: wie reimt es sich mit dieser Ansicht [8]), welche die fragliche Veränderung erst nach Julian setzt, daß der Zusatz, den eben dieser Julian während seiner Prätur dem Edicte gab, die nova edicti clausula, d. h. der **letzte** Zusatz zum Edicte, ist? [9]) Und doch gab es für eine allgemeine Veränderung in den Formeln des ordentlichen Processes gar keinen andern Weg als das Edict. [10])

---

[7]) Die Worte sind diese: καὶ τῆς τοιαύτης ἀντιτεθείσης παραγραφῆς, χώρα δίδοται τῷ δικαστῇ δέξασθαι τὴν κομπεσσατίονα καὶ εἰς ἐ μόνα καταδικάσαι νομίσματα. Das χώρα δίδοται δέξασθαι scheint darauf hinzuweisen, daß erst der Richter über die Zuläßigkeit der Compensation entscheidet; würde compensatio ab initio facta, so könnte er sie ja gar nicht mehr verhindern, brauchte sie also nicht erst noch zuzulassen.

[8]) Und das Gleiche würde gelten, wenn Brinz etwa annähme, der Prätor hätte gemäß den Anforderungen der Juristen das Edict geändert, das placuit ginge also auf den edicirenden Prätor. Ob placuit so vorkömmt, lasse ich dahingestellt; vom praetor jus dicens wird es gesagt. s. Brisson ad h. v. Nro. 5. Ed. Hein.

[9]) l. 3. D. de conjung. cum emanc. 37, 8. (Marcell.) l. 1. §. 13. D. de ventre in poss. mitt. 37, 9. (Ulpian.) s. Puchtas Institut. Bd. 1. §. 114. — von Scheurl, Lehrb. der Instit. (3. Aufl.) §. 14. „Unter Hadrian erhielt es [das prätorische Edict] durch den Juristen Julianus eine neue Redaction, in welcher es fortan unabänderlich wurde."

[10]) s. auch v. Scheurl, Beitr. p. 167. „auch seit Marcus — [berechtigt]

Einem andern Einwande, der Brinzen gemacht werden kann, ist von Scheurl mit mehr Glück aus dem Wege gegangen. Es ist dies der Einwand, daß cum compensatione, d. h. mit Bezeichnung eines certum als Ueberschuß, schwerlich aus allen Obligationen strengen Rechts geklagt sein werde, wie Brinz annimmt.

Dieser Einwand läßt sich nach zwei Seiten hin begründen.

Einmal da, wo der Klaganspruch von vornherein auf ein incertum geht. Brinz bezieht die oben angeführten Stellen, welche von der pluspetitio wegen nicht gehöriger Berücksichtigung einer compensabelen Gegenforderung sprechen, auf alle obligationes stricti juris, ohne Unterschied, ob sie ein certum oder ein incertum zum Inhalte haben. Er muß danach also, neben der Einführung des cum compensatione agere, für die Klagen aus Obligationen der letztern Art entweder die allgemeine Zulässigkeit von intentiones certae, oder auch bei intentiones incertae die Statthaftigkeit einer pluspetitio annehmen, — zwei Möglichkeiten, welche noch von Gajus geradezu geläugnet werden.[11])

Sodann nicht minder da, wo zwar der Klaganspruch auf ein certum, aber der Gegenanspruch auf ein incertum gerichtet ist. Soll hier nun der Beklagte gar nicht mit demselben gehört werden, wenn er nicht vermag ihn auf ein certum zu fassen? oder soll der Kläger dies zu thun gezwungen werden? — Das Eine wäre eine unnöthige Außerachtlassung der aequitas compensationis, das Andere eine Erweiterung derselben bis zur Unbilde gegen den Kläger, der in der That alle die iniquitates anhaften, welche Brinz für das gerade dieser iniquitates halber durch das agere cum compensatione verdrängte ältere Verfahren annimmt.

Hiervon ausgehend, meint von Scheurl [12]), daß in beiden genannten Fällen, also sowohl da, wo der Klaganspruch von vornherein, als da, wo der Gegenanspruch auf ein incertum ging, nicht die actio cum compensatione, wie sie bisher beim argen-

— nur eine eigenthümliche Einrichtung der Formel und eine darin liegende besondere prätorische Anweisung den Richter auf weniger zu condemniren, als der Kläger eigentlich zu fordern hatte."

[11]) Gaj. IV. 53. — sicut ipsa stipulatio concepta est, ita et intentio concipi debet. — 54. s. oben §. 7. Note 27. p. 67.

[12]) c. l. p. 163. f.

tarius vorgekommen war, sondern die actio cum deductione, wie sie bisher der bonorum emptor im Falle einer Compensationseinrede des Beklagten erhalten hatte, die Form gewesen sei, vermittels deren die Compensation in judicia stricti juris verallgemeinert worden [13]).

Wer sollte nicht zugeben, daß, auf der Grundlage der brinzeschen Ansicht über die Bedeutung des ipso jure, diese Bemerkung eine große innere Wahrscheinlichkeit habe? — Aber freilich, nur auf jener Grundlage. Und selbst auf dieser nur eine innere Wahrscheinlichkeit. In der That, eine Stelle zur Begründung seiner Ansicht herbeizuziehen hat von Scheurl selber nicht einmal versucht [14]).

§. 15.

c. Brinzens und von Scheurls Auffassung.

Im übrigen stimmt von Scheurl rücksichtlich der Deutung des ipso jure compensatur in den Stellen aus classischer Zeit mit Brinzen überein. So gut daher dasjenige, was oben im §. 13. gegen die Wahrscheinlichkeit der von Brinz behaupteten Ausdehnung der actio cum compensatione des argentarius im allgemeinen gesagt ist, seine Gültigkeit gegen die weniger umfangreiche Ausdehnung der genannten Klagform behält, welche von Scheurl annimmt; so

13) Nur, daß anderseits sich nicht daran zweifeln lasse, daß auf diese formula cum deductione concepta die materiellen Eigenthümlichkeiten des agere cum deductione des bonorum emptor, namentlich also die Berücksichtigung noch nicht fälliger und ungleichartiger Gegenforderungen, keine Anwendung fanden. — v. Scheurl p. 164.

14) Paull. R. S. 2; 5, 3., wo der Ausdruck: deducere vorkömmt, hält v. Scheurl hierzu für untüchtig. Dagegen läßt sich diese Stelle ebensowenig als die gleichfalls von Brinz für seine Ansicht allegirte l. 4. D. h. t. wider v. Scheurl gebrauchen. Die scheinbare Allgemeinheit nämlich, mit welcher diese Stellen von einem plus petere wegen nicht gehöriger Berücksichtigung der compensabelen Gegenforderung reden, ist, selbst bei Brinzens Auffassung, eben nur eine scheinbare. Denn auch dieser bezieht jene Stellen nur auf stricti juris actiones, obwohl sie der allgemeinen Fassung nach auch auf obligationes b. f. gehen könnten. Weshalb sollte es unstatthaft sein, sie noch mehr, auf eine Art strenger Forderungen, einzuschränken?

gut ist das Folgende, wo es nicht ausdrücklich auf einen von beiden eingeschränkt werden sollte, wider die gemeinsame Ansicht beider gerichtet.

Es dürfte passend sein zuerst noch die l. 21. D. h. t. zu beleuchten, deren Erklärung einen letzten Beweis für jene Ansicht abgeben soll.

Aus dieser Stelle folgt, sagt Brinz [1]) und mit ihm von Scheurl [2]) ganz richtig, daß es eine Zeit gab, in welcher der procurator absentis, der einer von ihm aufgenommenen Schuldforderung gegen den dominus eine compensabele Gegenforderung desselben entgegenstellen wollte, deshalb die cautio de rato stellen muste; denn erst postea quam placuit inter omnes id, quod invicem debetur, ipso jure compensari, braucht er sie nicht mehr zu stellen. Was sei nun aber das für ein inter omnes eingeführtes ipso jure compensari, daß es derart wirke? Es müsse ein solches sein, daß erstens der Satz: ab initio minus a procuratore petitur, — zweitens der Satz: procurator nihil compensat — daraus folge. Denn das seien die beiden Puncte, auf die Paullus seine Entscheidung zunächst stütze; sie selbst aber gründe er dann auf jenes neu eingeführte ipso jure compensari.

Schon dies ist nicht genau. Jene beiden Puncte brauchen nach des Paullus eigenem Ausdrucke gar nicht aus dem ipso jure compensari zu folgen; denn es heist gar nicht quoniam oder quum oder ähnlich, sondern postea quam. Im Folgenden aber verläßt Brinz, wie mir scheint, von fast unmerklichen Willkürlichkeiten ausgehend, völlig den richtigen Weg der Schlußfolgerung.

Paullus sage, fährt er fort, ganz allgemein: quia ab initio minus ab eo petitur. Man müsse also annehmen, daß nach dem placuit inter omnes in a l l e n Fällen, in denen der Procurator mit einer compensabelen Gegenforderung auftrete, die Klage auf ein minus gerichtet werde. Was für eine Compensationsweise lasse sich nun denken, bei der die Klage i m m e r auf ein minus gerichtet sei? Ob die Compensation von selbst eintrete oder nicht, ob das Recht zur Compensation ein jus civile oder ein exceptionelles sei: damit möge zusammenhangen, daß mitunter, ja oft

---

[1]) §. 35. p. 105. ff. Seine Worte sind im Folgenden fast durchaus wiedergegeben. — Die l. 21. s. oben §. 13. p. 151.

[2]) c. l. p. 165.

weniger eingeklagt werde; zu bewirken aber, daß es immer geschehe, vermöge weder das Recht noch der Proceß. Und doch sage Paullus: quia ab initio minus ab eo petitur, nicht etwa peti solet und dergleichen. Diese Worte erklären sich für uns durch die Worte des Gajus bezüglich der actio cum compensatione des argentarius: ab initio — minus intendit sibi dari oportere. Ob dabei der Kläger den wahrhaften Rest intendire, das sei einerlei; der Form nach intendire er immer ein minus. Die Regel ipso jure compensari könne demnach nur diejenige Compensationsweise bedeuten, die ehedem in der actio qua argentarius experitur stattgefunden habe. Hiernach ergebe sich von selbst, was unter dem id, quod invicem debetur, ipso jure compensari zu verstehen sei. Dies deute ebensowenig als das compensatione facta bei Gajus IV. 68. auf ein zweiseitiges Compensiren: heiße es doch in der Stelle selbst, daß Einer von beiden, der Procurator, nichts zu compensiren habe. Aber überhaupt liege ja das Wesen dieser Compensation nicht in einem Rechtsgeschäfte der Parteien, sondern in der Form der intentio; sie setze keine exceptio voraus —: in beiden Beziehungen geschehe sie ipso jure.

Der letzte Theil dieser Auseinandersetzung kömmt mir, wie schon bemerkt, fehlerhaft vor. — Wie nämlich aus dem Satze: procurator nihil compensat an sich mir nichts weiter zu folgen scheint, als daß irgend eine andere der überhaupt betheiligten Personen, also entweder der Kläger, oder der Richter compensire; so möchte auch der andere Satz: ab initio minus a procuratore petitur — in Verbindung mit jenem ersten Satze nicht mehr sagen, als daß der Kläger es sei, welcher, unter Berücksichtigung der compensabelen Gegenforderung, weniger ausklage, als er sonst gethan haben würde. M. a. W. ich meine, daß die Worte: minus petitur an sich ebensowohl auf den Inhalt der materiellen Klagbitte bezogen werden können, als auf die Form der Klagintention, wovon Brinz sie deutet. Daß sie auf die letztere gehen müssen, bedarf mithin noch des Beweises. Die Versuche nun, welche Brinz zu dem Ende angestellt hat, erbringen, dünkt mich, denselben keineswegs. Nur im Vorbeigehen zwar will ich auf das Harte, wo nicht Sprachwidrige, aufmerksam machen, den Ausdruck minus petitur wiederzugeben: die Klage wird auf ein minus der Form nach gerichtet, während dem Inhalte nach nichtsdestoweniger das Ganze unvermindert solle gefordert werden

können. Weit bedenklicher jedenfalls ist die Zusammenstellunng der Worte aus unserer l. 21. — ab initio minus ab eo petitur — mit den Worten aus Gajus IV. 64. — ab initio — minus intendit sibi dari oportere; — eine Zusammenstellung, durch welche Brinz darthun will, daß petere in l. 21. mit intendere in der zweiten Stelle gleichbedeutend sei. Gerade aus dieser Zusammenstellung, glaube ich, ergiebt sich das Gegentheil. Man fühlt sofort das Unwahrscheinliche, daß Gajus „ab initio“ soll zu „minus intendere“ bezogen haben; denn der logische Gegensatz einer solchen Ausdrucksweise, postea minus intendere, ist undenkbar. Und in der That ist es wohl nichts als eine Laune Brinzens, den wahren Zusammenhang der einzelnen Worte bei Gajus durch den von ihm versuchten Bezug zu stören; es unterliegt keinem Zweifel, daß das ab initio zu compensatione facta gehört. [3]). Und so dürfte es wahrscheinlich werden, daß das minus petitur in l. 21. cit., welches freilich aus dem engsten Zusammenhange mit ab initio nicht zu befreien ist, eine andere Bedeutung habe, als die ihm so oft beiwohnende des intendere.

Soviel über die Auslegung der in l. 21. cit. gebrauchten besondern Ausdrücke. [4]) Was das Materielle der brinzesch-von scheurlschen Erklärung der l. 21. betrifft: so ist einerseits zwar unleugbar, daß ihre in der That geistreichen Combinationen zum ersten Male einen annehmbaren Sinn in jene schwierige Stelle gebracht haben. [5]) Allein, abgesehen selbst von der Unanwendbar-

---

[3]) Gaj. IV. 64. Alia caussa est illius actionis, qua argentarius experitur, nam is cogitur cum compensatione agere, quum compensatio verbis formulae comprehendatur, itaque argentarius, a b i n i t i o c o m p e n s a t i o n e f a c t a, minus intendit sibi dari oportere. — Ab initio c. f. ist im Gegensatze zu den in §. 63. besprochenen judicia bonae fidei gesagt, in denen der Richter noch immer früh genug compensationis rationem habet. — vgl. übrigens auch Brinz, Pandekten. § 149. p. 645.

[4]) Ob das inter omnes zu placuit oder zu ipso jure compensari gehöre, mag einstweilen auf sich beruhen. s. unten §. 25.

[5]) A. M. Fuhr im Archiv für practische Rechtswissensch. Bd. I. Hft. 2. p. 136. unten f. Doch wäre es möglich, daß Fuhr dabei dasjenige meint, was als erstes Bedenken unten ausgeführt wird. — Daß Paullus den Fall nicht behandeln kann, da der Kläger aus eigenem Antriebe die Gegenforderung absetzt, davon später. §. 25.

keit dieser Erklärung auf das justinianeische Recht [6]), für welches alsdann unsere Stelle nur vermöge einer, wie mir scheint, unter allen Umständen willkürlichen Annahme zu verstehen wäre [7]), — ist es anderseits vielleicht ebenso unleugbar, daß zu ihren Voraussetzungen zwei Puncte gehören, deren große Zweifelhaftigkeit die ganze darauf gebaute Erklärung höchst unsicher macht.

Der eine dieser beiden Puncte betrifft die Frage: ob es das Interesse des Klägers in der That nicht verletze, wenn ein nicht bevollmächtigter procurator, der nicht de rato cavirt, durch Berufung auf eine compensabele Gegenforderung des dominus ihn ihn zum agere cum compensatione zwingen könne? [8]) Denn offenbar ist das Erlassen der cautio de rato, wo dasselbe auf eine äußere Auctorität nicht gestützt wird, nur dann statthaft, wenn dem Gegner auf irgend einem andern Wege das volle Interesse gesichert wird, welches er bei der Bestellung der Caution hätte. — Die Beantwortung dieser Frage wird, soweit ich sehe, davon abhangen, ob durch die Beschränkung der Klage auf den Ueberschuß die sich deckenden Beträge beider Forderungen einfürallemal gegen einander abgethan sind. Denn, wofern dies nicht der Fall ist, läuft der Kläger Gefahr, mit dem dominus abermals einen Rechtsstreit über diese Beträge durchfechten zu müssen. Gerade dieses unnütze Processiren ist es aber, wogegen die cautio de rato den Kläger zu sichern bestimmt ist [9]), nicht blos die

---

[6]) Die Brinz p. 106. unten f. zugesteht. vgl. Bethmann-Hollweg c. l. p. 285.

[7]) nämlich, entweder, daß der Kläger freiwillig die Gegenforderung absetze; oder daß schon vorher eine Einigung über die Compensation stattgehabt habe

[8]) v. Scheurl p. 166. drückt sich etwas weniger bestimmt so aus: „Statt dessen (nämlich statt die cautio de rato zu fordern) richtete er jetzt lieber seine Klage so ein, daß er ab initio minus (nämlich den bloßen Ueberschuß &c.) vom Gegner einklagte.“ Doch kömmt dies wohl auf Eines heraus Er richtete lieber, d. h. wenn er nicht Gefahr laufen wollte einmal die Gegenforderung einredeweis vom Procurator, hernach noch einmal klagweis vom dominus geltendgemacht zu sehen.

[9]) Gaj. IV. 98. Procurator vero si agat, satisdare jubetur ratam rem dominum habiturum. periculum enim est, ne iterum dominus de eadem re experiatur. quod periculum non intervenit, si per cognitorem actum fuit. quia de qua re quisque per cognitorem egerit, de eo non magis am-

Gefahr infolge des Urtheils in dem neuen Processe abermals leisten zu müssen. Man sollte danach erwarten, Brinz und von Scheurl nähmen an, daß bei der actio cum compensatione (und resp. cum deductione) nicht allein der Ueberschuß durch die processualische Consumption, sondern auch die sich deckenden Beträge eben durch die Compensation getilgt würden. Nichtsdestoweniger ist das gerade Gegentheil der Fall. Ja, von Scheurl [10]) findet gerade deshalb die Entscheidung der l. 21. begründet, weil der Kläger gegen jede spätere Geltendmachung der Forderung des, die processualische Handlung, wodurch der defensor die Compensationseinrede vorgeschützt habe, nicht anerkennenden, dominus durch die Compensationseinrede wegen seiner eignen Forderung geschützt sei; ihm mithin die Nichtanerkennung der Handlung des defensor vonseiten des defensus ganz ungefährlich bleibe. In demselben Sinne könnte dann freilich auch z. B. bei der rei vindicatio gegen einen procurator absentis demselben die cautio de rato erlassen werden. Denn verliert der Kläger, oder wird er mit der Litisästimation abgefunden, so hat er ohnehin kein Interesse an jener Caution. Erhält er aber durch den Sieg den Besitz des Streitgegenstandes, so bleiben ihm ja diejenigen Rechtsgründe, mit denen er den Sieg gegen den Procurator erfochten hat, zur Vertheidigung gegen eine etwaige Vindication des, den früheren Proceß nicht ratihabirenden, dominus unverkürzt. So wenig man indeß dies billigen wird angesichts des klaren In-

---

plius actionem habet, quam si ipse egerit. vgl. pr. J. de satisd. 4, 11. und Schrader ad h. l. ad v. periculum] §. 3. eod. — s. auch. l. 8. §. 1. D. h. t. 46, 8. l. 39. §. 6. §. 7. l. 75. D. de procurat. 3, 3.

[10]) Daß auch Brinz dieser Ansicht ist, schließe ich aus dem bei ihm §. 31. p. 95. von der Klage des argentarius Gesagten. „Wurde der Beklagte in den Ueberschuß condemnirt, dann war hiermit allerdings stillschweigend ausgesprochen, daß er nicht mehr zu fordern habe, als — abgesehen von der Condemnationssumme — der Kläger. Hier, möchte man sagen, ging es gegen die positive Function der res judicata, wenn der Condemnirte späterhin mehr einklagte. Allein man darf nicht vergessen, daß er dann als Einer, der zuviel einklagte, wegen pluspetitio, nicht ob rem judicatam durchfiel.“ Note 10.) „Wurde diese actio cum compensatione späterhin gemeines Institut, so mußte er auf Begehren des Gegners nun auch auf Ueberschuß klagen. Erst jetzt deducirte er sein der vorhergegangenen Condemnation widersprechendes Mehr in judicium.“

halts der l. 40. §. 2. D. de procuratoribus 3, 3., so wenig scheint es mir danach vom Standpuncte Brinzens und von Scheurls gerechtfertigt, dem Procurator im Falle der l. 21. die Caution zu erlassen.

Immerhin jedoch ließe sich denken, daß jener Standpunct, nicht das Ergebniß, falsch sei. Es wäre möglich, daß bei den actiones cum compensatione und cum deductione die sich deckenden Beträge der Forderungen, wo nicht durch die processualische Consumption, durch die Compensation selbst aufgehoben würden. Und damit fiele unser erstes Bedenken fort [11]).

[11]) Ich halte es für überflüssig hier weiter auf die angeregte Untersuchung einzugehen. Was die Tilgung der sich deckenden Beträge durch processualische Consumption anbetrifft, so glaube ich mit Brinz §. 31. und Dernburg §. 5. p. 45. dieselbe leugnen zu müssen. Dagegen nehme ich an, daß die Forderungen durch Compensation wirklich aufgehoben wurden, komme also zu demselben Ergebnisse wie Dernburg, nur theile ich dessen Gründe nicht; die angeblichen Anklänge an eine exceptio rei in compensationem deductae, welche Dernburg c. l. Note 1. in den Ausdrücken: res in compensationem venit, deducitur der ll. 6. 8. 15. D. h. t. l. 1. Cod. si major fact. alienat. 5, 74. findet, sind mir nicht recht faßlich; und ebenso wenig scheint mir eine innere Wahrscheinlichkeit für eine besondere Einrede zu sprechen. Ich glaube, man kam schon in der ältesten Zeit, in welcher Compensation erzwungen werden konnte, falls dieselbe wirklich stattgehabt hatte, mit einer einfachen Ableugnung der Schuld aus: hier wirkte eine durchgeführte Compensation wie Zahlung. — A. M. für b. f. judicia der älteren und allgemein für die neuere Zeit, Brinz §. 36. p. 112. f. Doch dürfte Brinzens Grund, daß der Richter es sei, der die Ausgleichung vornehme, und es nicht in die Absicht des Richters gelegt werden könne, daß er die Parteien bezahle, schwerlich stichhaltig sein. Denn es ist vielmehr die mit der Berufung auf die Gegenforderung sich vertheidigende Partei, welche die Compensation veranlaßt: der Richter prüft nur die Voraussetzungen derselben und die Richtigkeit der Rechnung; seine Thätigkeit kömmt also auch hier auf ein declarare id quod est hinaus. Endlich wäre es höchst seltsam, daß bei den judicia b. f. die processualische Consumption wirken sollte, bei der actio cum compensatione, bei der die Berücksichtigung der Gegenforderung in der Formel vorgeschrieben wird, nicht. —

Nebenbei mag noch Folgendes gegen Brinz bemerkt werden. Wenn die sich deckenden Beträge der Gegenforderungen bei der actio cum compensatione ungetilgt bestehen blieben, so würde die praktische Bedeutung des Falls der l. 21. nach Brinzens Auffassung für den absens dominus nicht anders sein, als ob der Kläger den Betrag seiner Forderung, soweit die Gegenforderung dieselbe deckt, zu einer etwaigen künftigen Compensation zurückgestellt und seine

Der andre Punct liegt in dem Verhältnisse der Geltungsgrenze unserer l. 21. und der Anwendbarkeit der von Brinz und v. Scheurl behaupteten Compensationsform. Die letztere soll nur bei actiones stricti juris vorgekommen sein; die l. 21. spricht ganz allgemein, so daß sie sehr wohl auch auf actiones bonae fidei könnte bezogen werden. Ist nun aber jene eigenthümliche Compensationsform der letzte Grund für die Entscheidung der fraglichen Stelle gewesen: so bleibt nur die Wahl, entweder diese Stelle auf actiones stricti juris einzuschränken; oder die Ausdehnung jener Form auch auf actiones bonae fidei zu behaupten.

So unwahrscheinlich es zunächst von vornherein ist, daß man dem Procurator eines Abwesenden in einer strengen Klage eine Erleichterung hätte sollen zutheilwerden lassen, die ihm bei einer actio b. f. versagt geblieben wäre: so wenig Anhaltspunct bietet sich für die ausschließliche Beziehung der l. 21. auf judicia stricti juris. Ja, wenn man mit Brinz und von Scheurl das inter omnes von den Subjecten der Obligationsverhältnisse versteht, so geräth man vollends in Verlegenheit. Denn wo nicht diese omnes eben nur die Subjecte strenger Obligationen sind, muß man Paullus einen Vordersatz aussprechen lassen, der in seiner Allgemeinheit für den Schlußsatz offenbar unnöthig, ja störend erscheint, namentlich wenn man sich vergegenwärtigt, wie dasselbe ipso jure für die eine Hälfte der omnes etwas von dem ganz Verschiedenes bedeute, was für die andre, im Schlußsatze nicht weiter in Betracht kommende, Hälfte. — Und vielleicht, daß schon die hier berührte Zweideutigkeit des ipso jure compensatur je nach der Art der Klage ein Grund wider die brinz-v. scheurlsche Erklärung ist, der betont werden darf [12]).

Will man diesen Knoten nicht schlechtweg mit der Annahme Gott weiß welcher Interpolation durchhauen: so versuche mans also mit der Behauptung, daß die Form der actio cum compensatione oder cum deductione auch auf judicia bonae fidei erstreckt worden sei; — und glaubs, wer Lust hat. Mir möchte, statt aller Gegenbeweise, deren sich leicht zahlreiche aufstellen ließen,

---

Klage von vornherein auf den Ueberschuß beschränkt hätte: ein Verfahren, das Brinz selber p. 84. im Interesse des Schuldners für unstatthaft erklärt.

[12]) s. Dernburg. §. 31. p. 305.

völlig der Eine genügen, daß eine solche Rechtsentwickelung, die in der höchsten Blüthezeit der Jurisprudenz vorgekommen sein müßte, geradesweges ein Rückschritt zur Bildungsstufe der ungelenksten Formen gewesen wäre. Und das ohne alle Noth!

Wenn mithin l. 21. nicht durch Tribonians Hand die frühere ausschließliche Beziehung auf stricti juris judicia verloren hat; so kann ipso jure compensatur nicht heißen: es wird in der Form der Argentarienklage oder der Klage des bonorum emptor compensirt. —

Es ist schließlich nach diesen beiden Bedenken noch derjenigen Gründe Erwähnung zu thun, welche bereits von andern gegen die in Rede stehende Bedeutung des ipso jure aufgestellt worden sind.

Davon dürfte der scheinbar schlagendste derjenige sein, daß noch zu den Zeiten derselben classischen Juristen, welche den Satz ipso jure compensatur ganz allgemein für persönliche Klagen aussprechen, nach deren eignen Aeußerungen in judicia stricta ope exceptionis compensirt worden sei [13]). Allein diese Behauptung läßt sich nicht beweisen. Was Dernburg [14]) zu ihrer Begründung anführt, ist irrig, wie später in §. 23. dargethan werden wird.

Ein zweiter Grund gegen die Verallgemeinerung der Argentarienklage, welcher gleichfalls von Dernburg [15]) vorgebracht ist, wird in der l. 8. Cod. de comp. 4, 31. gesucht.

(Gordian.) Si propter fructus ex possessione tua perceptos vitricus tuus debitor tibi constitutus est: quum id, quod a matre tua ei legatum est, a te petere coeperit: mutuo debitae quantitatis apud eum, qui super ea re judicaturus est, compensationem non immerito objicies.

Daß diese Stelle vom Formularprocesse handle, ist wohl so gut als zweifellos; denn sie handelt von der Klage aus einem Legate zu einer Zeit, wo unbestritten noch der Proceß per formulas bestand, während wir wissen, daß das Legat per formulam gefordert wurde [16]).

---

[13]) So müßte es wohl eigentlich bei Dernburg c. l. p. 305. heißen.

[14]) §. 18. p. 187 ff.

[15]) §. 23. p. 264 ff.

[16]) vgl. Ulp. fragm. XXV. 12. Gaj. II. 278. — A. M. Brinz, §. 37.

Wenn es feststünde, daß is qui super ea re judicaturus est, der judex privatus sei: so bewiese die Stelle allerdings gegen Brinz und von Scheurl. Denn nach deren Ansicht ist es wohl undenkbar, daß die Compensation, welche kraft der Formelfassung dem Richter zur Berücksichtigung hätte anempfohlen werden müssen, erst vor diesem Richter vom Beklagten sollte begehrt sein [17]. Aber so wahrscheinlich es ist, daß in unsrer Stelle der judicaturus der judex privatus ist: so wenig nothwendig scheint dies zu sein. Ebenso gut als bekannterweise die, allerdings in besonderm Sinne vom Privatrichter und vom Verfahren vor diesem gebrauchten, Ausdrücke: judex und judicium häufig den magistratus und das vor demselben statthabende Verfahren bezeichnen [18]; kann auch der Ausdruck judicare von der Thätigkeit eines magistratus gebraucht werden [19]. Folglich trägt diese Stelle gegen Brinz und von Scheurl nichts Gewisses aus.

---

p. 114., der sie auf das Verfahren extra ordinem bezieht, jedoch ohne den Grund dieser Annahme anzugeben.

[17]) Ein ähnlicher Einwurf läßt sich übrigens aus der Stelle auch gegen Dernburgs Ansicht herleiten, daß in judiciis strictis ope exceptionis doli compensirt worden sei. Denn, wennschon diese Einrede zu impetriren eine specielle Angabe der dieselbe substantiirenden Thatsachen nicht erfordert wurde, so hätte sie doch, wenn Dernburgs Ansicht richtig ist, in der Formel stehen müssen, falls der judex privatus zur Berücksichtigung einer compensabelen Gegenforderung sich hätte befugt erachten sollen. Die Stelle jedoch schweigt durchaus von jeder Einrede. Und es scheint mir sich gar nicht zu verstehen, wenn Dernburg p. 245. in die Erklärung der Stelle einschaltet: „versteht sich nach Vorschützung einer exceptio doli." Dürfte sonst nicht Brinz mit demselben Rechte sagen: „versteht sich, wenn der Prätor die formula cum compensatione gefaßt hat?" —

[18]) s. Brisson. Ed. Hein. sub. v. judex. Nro. 1. — Tit. Dig. 2, 11. si quis cautionibus in judicio sistendi caussa factis. — l. 2. §. 1. D. qui satisd. 2, 8. — l. 1. §§. 3. 4. D. de admin. tut. 26, 7. — l. 79. pr. D. de jud. 5, 1. u. s. w.

[19]) z. B. Cic. de legib. III. 3; 6, 7, 8. Juris disceptator, qui privata judicet judicarive jubet, praetor esto. etc. Auct. ad Herenn. 2; 13, 19. Judicatum est id, de quo sententia lata est aut decretum interpositum. — l. 11. pr. D. de jurisd. 2, 1. (Gaj.) Si idem cum eodem pluribus actionibus agat, quarum singularum quantitas intra jurisdictionem judicantis sit u. s. w. vgl. ferner l. 75. D. de judic. 5, 1. (Julian.) Si praetor jusserit eum, a quo debitum petebatur, adesse, et ordine edictorum peracto, pronuntiaverit absentem debere: non utique judex, qui

Gewichtiger als die beiden eben besprochenen ist ein dritter und letzter Grund wider die Ausdehnung der Argentarienklage und der actio cum deductione. Es ist dies die schon von Fuhr [20]) aufgeworfene Frage: ob bei einer derartigen Ausdehnung von einer ipso jure statthabenden Compensation geredet werden könne?

Bereits oben §. 13. ist bemerkt, daß Brinz in dem ipso jure sowohl den Gegensatz zu ope exceptionis als zu facto hominis finde. Fuhrs Angriff nun betrifft den erstern Gegensatz [21]). Ipso jure, sagt er, bezeichnet in seiner quellenmäßigen formellen Bedeutung [22]) die Unnöthigkeit besonderer magistratischer Erwähnung eines Umstandes in der formula actionis. Mithin ist in dem ipso jure neben anderm auch die Entbehrlichkeit einer exceptio ausgedrückt. Aber daß ipso jure bezeichnen könne, eine exceptio sei zur Geltendmachung eines Vertheidigungsgrundes nicht nothwendig, während derselbe einer anderweiten ausdrücklichen Erwähnung in der intentio allerdings bedürfe: dieses ist eine unbewiesene Behauptung.

von Scheurl [23]) hat denn auch den Gegensatz des ipso jure zur exceptio fahren lassen. Desto nachdrücklicher vertritt er neben Brinz den andern Gegensatz zu einem factum hominis. Und zwar wird als das betreffende factum das Compensationsgeschäft

---

de judicato cognoscit, debet de praetoris sententia cognoscere: alioquin lusoria erunt hujusmodi edicta et decreta praetorum. u. s. w. l. 15. §. 4. i. f. D. de re jud. 42. 1. vgl. pr. eod. Paull. R. S. V; 5. A. §. 1. vgl. Puchta Inst. Bd. 2. §. 175. Note n. v. Savigny Syst. Bd. VI. §. 284. Note c p. 287. u. s. w.

[20]) Arch. für pract. Rechtswissensch. c. l. p. 136.

[21]) Die eine Einwendung, daß mit dieser formellen Auffassung auf den ersten Blick die Worte des Paullus ipso jure, quod invicem debetur, compensari — und ähnliche durchaus unverträglich seien, ist mir nicht recht verständlich. Soll dies etwa heißen: ein Ueberschuß kann nur dann eingeklagt werden, wenn die Gegenforderung kleiner ist, als die Vorforderung; folglich können die Worte des Paullus, die doch ganz allgemein von compensabelen Gegenforderungen reden, nicht die Form einer auf den Ueberschuß gerichteten Klage behandeln? Oder will Fuhr — vgl. das. p. 126. — sagen, daß Paullus mit den Worten quod invicem debetur die Coexistenz von Schuld und Gegenforderung, also etwas Materielles, voraussetze, mithin nicht von etwas blos Formellem reden könne?

[22]) s. oben §. 3. Note 4.

[23]) c. l. p. 166 f. — s. auch Brinz. §. 35. p. 107 unten f.

zwischen den Parteien betrachtet, durch welches allein früher eine Abminderung der Klagforderung wegen eines Gegenanspruches habe bewirkt werden können. Nun ist freilich richtig, daß ein Compensationsgeschäft der Parteien bei der fraglichen Compensationsweise unnöthig geworden wäre; aber damit auch jedes andre factum hominis? Schwerlich. Denn, wenn nicht der Kläger freiwillig seine Klage auf den Ueberschuß seines Anspruchs über den gegnerischen Anspruch beschränkte, so hätte der Beklagte sein Begehren nach einer solchen Beschränkung ausdrücken; immer aber hätte der Kläger den Ueberschuß ausrechnen und angeben müssen. Und dies wäre kein factum? Vielmehr liegt eben in diesem factum die compensatio. Richtig ist es, daß er bei dieser compensatio nicht gerade stets den wahren Ueberschuß herausrechnet, nicht gerade stets genügend viel, vielleicht gar nichts abzieht: aber abziehen und compensiren ist zweierlei. Sagt doch Gajus ausdrücklich: ab initio compensatione facta, minus intendit u. s. w. So hat Brinz wohl recht, daß das Wesen der von ihm behaupteten Compensation nicht in einem Abziehen des Klägers beruht; in einer Vornahme desselben würde es nichtsdestoweniger beruhen [24]). Und so, dünkt mich, würde man, wenn selbst die Verallgemeinerung der actiones cum compensatione und cum deductione ausgemachte Wahrheit wäre, für die Zeit der Herrschaft dieser Form nicht haben sagen können: ipso jure compensatur.

§. 16.

2) Rücksichtlich der spätern Stellen.

a. Brinzens Auffassung.

Die in den vorhergehenden Paragraphen dargestellte Ansicht über die Bedeutung des ipso jure compensari in classischer Zeit ist nothwendig auf die Geltung des Formularprocesses gebaut. Findet sich gleichwohl auch in solchen Stellen, welche aus der neueren Zeit herrühren, eine Erwähnung, ja, eine Ausdehnung der Gültigkeit jenes Satzes: so muß derselbe wenigstens in den Stellen der letzteren Art eine neue Bedeutung haben.

---

[24]) s. Dernburg §. 31. p. 308. vgl. auch die Redensart: argentarius cogitur cum compensatione agere. Gaj. IV. 64.

Brinz hat nun darüber die folgende Meinung [1]).

Der Fortschritt, den der Formularproceß rücksichtlich der Behandlung compensabeler Gegenforderungen durch Verallgemeinerung der actio cum compensatione insofern gemacht haben soll, als auf diese Weise ohne vorgängige außergerichtliche Compensation einerseits der Kläger seinen Ueberschuß erhalten habe, andererseits dem Beklagten die Billigkeit der Compensation gewährt worden sei: dieser Fortschritt sei mit dem agere per formulas nicht aufgegeben. Da aber das formlose Recht nicht habe strenger sein können als das förmliche, so habe nunmehr Forderung und Gegenforderung gerichtlich gerade wie schon früher in b. f. judicia ausgeglichen und auf ein minus erkannt werden müssen. Deshalb habe man auch im späteren Processe noch mit Fug sagen können: ipso jure compensatur. Denn wäre die Berufung auf eine compensabele Gegenforderung zu denjenigen Vertheidigungsmitteln gerechnet, welche noch immer exceptiones heißen und wie solche wirken, so würde der Erfolg derselben Abweisung der ganzen Klage gewesen sein.

Wenn daher Justinian im principium der l. 14. Cod. de compensat. 4, 31. bestimme: Compensationes ex omnibus actionibus ipso jure fieri sancimus, und nicht bezweifelt werden dürfe, daß damit eine exceptio abgeschafft sei; gleichwohl per exceptionem niemals, propter exceptionem aber schon Jahrhunderte vor Justinian nicht mehr compensirt worden sei —: so erhelle, daß compensationes hier nicht im gewöhnlichen technischen Sinne gebraucht sein könne. Dasselbe ergebe sich aus den folgenden Worten der l. 14. deutlicher: nulla differentia in rem vel personalibus actionibus inter se observanda. — Wie solle man sich eine Compensation dinglicher Rechte vorstellen? ein Institut, dessen an keinem andern Orte mehr Erwähnung geschieht [2]).

Was dagegen hier unter dem Ausdrucke compensationes verstanden sei, werde gerade durch die letztern Worte deutlich. Es gebe nämlich ein Institut, das in Beziehung zu dinglicher Klage stehend, wenn nicht üblicher, doch denkbarer Weise compensatio heißen könne; ein Institut, das von jeher ope excep-

---

[1]) Die Lehre rc. §. 16. p. 110 ff.

[2]) Brinz §. 16. p. 54 ff.

tionis gewirkt habe, bei dem also Raum für die Aenderung gewesen sei, kraft deren es von nun an ipso jure wirken solle. Es sei dies die retentio. Zwar lasse sich nicht nachweisen, daß zur Bezeichnung einer wahren retentio bei classischen Juristen das Wort compensatio gebraucht worden sei; allein da mitten in den Fällen der wahren retentio, z. B. bei der rei vindicatio [3]), der Proceß zur compensatio habe führen können, also retentio und compensatio neben einander und wegen einander vorgekommen seien: so sei darin ein Anlaß gegeben gewesen, die Wörter mit einander zu vertauschen. Und wenn daher im §. 2. der l. 14. Cod. h. t. gesagt werde, gegen interdicta recuperandae possessionis finde keine compensatio statt, nun aber sich hier überhaupt eine eigentliche Compensation nicht denken lasse, so dürfe man gewiß annehmen, daß damit die Unstatthaftigkeit der Retention in solchem Falle bezeichnet werde.

Dies passe sehr gut zu dem auch anderswo hervortretenden Bestreben Justinians, Verschiedenes gleichzumachen, für welches es hier nicht an Stoff fehle. Denn Retention wie Compensation betreffen beide ein Recht des Anspruchs gegen Anspruch. Aber die Retention sei immer noch an die doli exceptio gebunden und daher von andern Wirkungen gewesen als die Compensation, welche letztere nach Aufhebung des Formularprocesses in b. f. und str. juris judiciis an Gestalt und Inhalt gleichgeworden sei.

Lediglich aus einer Gleichstellung der beiden Institute der Retention und Compensation scheine es sich zu erklären, daß in den justinianeischen Rechtsbüchern das Kriterium der alten echten Compensation: die par species, welches bei Paullus und Gajus grundsätzlich hervorgehoben wird, nirgend auftrete [4]).

Für die Gleichstellung der Retention mit der Compensation in der Art, daß die eine wie die andre ohne doli exceptio geltendgemacht werden solle, lasse sich auch ein nicht unvernünftiger Grund denken.

Die mildeste Form, in der dem Gegenanspruche sein Recht habe angedeihen können, sei der gewesen, daß Kläger und Be-

---

[3]) f. l. 48. D. de R. V. 6, 1. Brinz §. 21. p. 71 ff.

[4]) Brinz §. 16. p. 56. spricht noch von dem Kriterium der dispar caussa.

klagter gleichzeitig befriedigt worden. So sei es vonaltersher bei der pensatio der b. f. judicia der Fall gewesen. Denn abgesehen von den Fällen, wo man vor der Leistung des Seinen gar kein Klagrecht hatte, sei entweder der Kläger zwar zur Befriedigung gelangt, aber seinem beklagten Gläubiger sei zugleich gezahlt worden, indem die condemnatio um den Werthbetrag der Gegenforderung gemindert sei; oder er habe nur dann ein obsiegliches Urtheil erhalten, wenn er nach dem arbitrium judicis den Beklagten befriedigt habe [5]).

Die letztere Alternative, die bei Klagen auf natürliche Restitution stattgehabt, sei — trotz der exceptio doli — auch bei der Retention von Sachen gegen dingliche Klagen wegen eines Anspruchs ex eadem re, durch das vermittelnde arbitrium, eingetreten. Und nicht minder habe die Compensation gleichartiger Forderungen ex dispari caussa nach dem Verfahren der spätern Zeit zu dem Resultate gleichzeitiger Befriedigung der Parteien geführt. Bei der schrankenlosen Anwendung aber, welche die Retention in der spätern Zeit gefunden [6]), haben Fälle vorkommen müssen, in denen die exceptio doli noch immer ihre exclusive Wirkung gehabt hätte, so z. B. wenn ungleichartige Forderungen wider einander oder dingliche Rechte gegen Forderungen retinirt (sic.) worden.

Diese einseitige Wirkung der vollständigen Absolution sei endlich zu schroff erschienen. Anspruch und Gegenanspruch haben nun ganz allgemein, ohne Rücksicht auf dingliche oder persönliche Natur oder irgend eine andre Qualität derselben (sive in rem sive in personam sive alias quascunque) nach dem Typus der Compensation gleichzeitig befriedigt werden sollen. Ohne Abschaffung der exceptio doli sei das nicht möglich gewesen; ihrem Wesen gemäß müsse dieselbe noch heute exclusiv wirken. Wie die eigens sogenannte älteste Art der Retention von Sachen wegen Anspruchs ex eadem re ihrem Gedanken nach Eines gewesen sei mit der Compensation in b. f. judiciis, so habe nun nicht nur diese Retention, sondern der ganze Umfang der aus jenem Ge-

---

5) Brinz §. 38. p. 117 f.

6) Brinz §. 39. p. 125 ff. arg. a. contr. l. 11. Cod. depos. 4, 34. (Justinian.)

danken erwachsenen Retentionen in ihrem processualischen Resultate gleich werden sollen mit dieser Compensation. Dazu sei es nothwendig gewesen, daß sie sämmtlich wie diese ipso jure berücksichtigt worden. Derselben Compensation in b. f. judiciis sei die der gleichartigen Forderung längst gleichgestaltet gewesen. Alles zusammen habe nun die gemeinschaftliche Firma: Compensatio bekommen [7]).

Und wie schon früher ein bonae fidei judicium, wenngleich nicht der Form, so doch dem Inhalte nach, ein judicium duplex habe sein können [8]), so sei nun überall der Einwand eines Gegenanspruches, auch ohne die Form der Widerklage, zur Verurtheilung des Klägers zu führen geeignet gewesen, mit der freilich nicht selten die Verurtheilung des Beklagten concurriren müssen, da die condemnatio in minus nicht mehr auszureichen vermocht habe, während die Execution so oft auf Naturalrestitution gerichtet gewesen sei [9]).

---

[7]) Einen fernern, eigenthümlich geistreichen, Beleg für die im Texte mitgetheilte Behauptung Brinzens enthält § 40. p. 127 ff. Hier wird die Einführung des Erforderniſſes der Liquidität in l. 14. Cod. h. t. daraus erklärt. Solange es Retentionen gegeben, welche ope exceptionis geltendgemacht worden seien, habe die Verhandlung über diese exceptio deshalb nur kurz zu sein brauchen, weil es lediglich auf die Existenz, nicht auf die Größe des retinendo geltendgemachten Anspruchs angekommen sei, die Abweisung der Klage zu bewirken. Nunmehr aber sei es nöthig gewesen, auch den Inhalt jenes Gegenanspruchs genau zu kennen, da derselbe gleichzeitig mit dem Klaganspruche habe befriedigt werden sollen. Die durch die Illiquidität des Gegenanspruchs erforderte Untersuchung habe aber die Erfüllung des liquiden Klaganspruchs unbilligerweise aufgeschoben; und habe deshalb als Grund behandelt werden müssen die Berücksichtigung der Gegenforderung auszuschließen, wo dieselbe nicht schon vorher unbedingt stattgefunden hatte, wie bei allen Gegenforderungen ex eodem negotio und bei nichtconnexen auf par species. — s. auch §. 47. p. 151 f. — Ich kann diesen Punct unerörtert lassen, da mich das Erforderniß der Liquidität hier nicht interessirt, und mit dem Nachweise der Unrichtigkeit von Brinzens Behauptung die Unzulänglichkeit dieses Beweises, mag es übrigens mit jenem Erforderniſſe sein, wie ihm wolle, sich sofort herausstellt.

[8]) l. 14. Cod. de sent. et interlocut. 7, 45. vgl. v. Savigny, System. Bd. VI. §. 289. p. 331 ff. §. 290. p. 340 ff. übrigens auch Planck, Die Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten im Proceßrecht. §. 11. p. 80 ff.

[9]) Brinz, Die Lehre 2c. §. 40. p. 131 ff. §. 44. p. 142 f. — Darauf, daß die condemnatio in minus nicht überall ausreiche, bezieht Brinz p. 131.

Gegen diese, wie ich hoffe, wenigstens im ganzen richtig wiedergegebene [10]), Darstellung bei Brinz haben sich Dernburg [11]), von Vangerow [12]) und Arndts [13]) aufs allerentschiedenste erklärt. Namentlich bemerken die beiden Letztgenannten, daß die behauptete Aenderung Justinians in processualischer wie in materiellrechtlicher Beziehung ein bedenklicher Gewinn sein würde, — eine Bemerkung, die, wennschon an sich nicht widerlegend, jedenfalls zu der sorgfältigsten Prüfung der Existenz jener Veränderung antreibt. Und in der That möchte diese Prüfung dahin führen, dieselbe mit Bestimmtheit zu leugnen [14]).

Wenn Brinzens Behauptung, daß Justinian unter compensationes auch die Retention begreife, darauf stützt, daß bei actiones in rem und bei interdicta recuperandae possessionis die eigentliche Compensation undenkbar sei, während doch l. 14. pr. Cod. h. t. und l. 30. J. de act. cit. von der Statthaftigkeit derselben bei den erstern Klagen, l. 14. §. 2. cit. dagegen von ihrer Statthaftigkeit bei den andern rede: so dürfte sich dieser Schluß mit der Prämisse als falsch darstellen. Freilich möchten dingliche Rechte schwerlich gegen einander aufgerechnet werden können: aber wo sagt Justinian dergleichen? Es sind nicht die Rechte selber, sondern die aus den, vielleicht ganz verschiedenen, Rechten entspringenden gleichartigen Ansprüche, welche compensirt werden

---

Note 38. das plerumque in §. 39. J. de act. 4, 6. — Mir scheinen die betreffenden Worte nichts weiter zu sagen als: häufig erlangt auch der Gläubiger deshalb weniger, als ihm geschuldet wird, weil ihm der Einwand der Compensation entgegengestellt wird. vgl. übrigens Theophil. ad h. l. und die Bemerkungen der reitzeschen Ausg. dazu; auch Schrader ad h. l.

[10]) Denn, bei der oft wortpressenden Kürze des in Rede stehenden Schriftstellers könnte es leicht sein, daß ich einzelne Verbindungsglieder nicht erkannt oder falsch aufgefaßt hätte. Dies bitte ich mir nöthigenfalls zugutezuhalten.

[11]) Die Compensation §. 19. p. 195 ff.

[12]) Lehrbuch der Pandekten. (6. Aufl.) Bd. 3. §. 618. Anm. 1. sub IV. p. 386 f.

[13]) Lehrbuch der Pandekten. (2. Aufl.) §. 264. Anm. 7.

[14]) Dahin gestellt lasse ich, wie weit Brinz selber an der Richtigkeit seiner Behauptung zweifelhaft geworden, wenn er Pandekten §. 149. p. 649 unten f. sagt: — „allerdings ist eine Beschränkung des Gegenforderungsrechtes auf Ansprüche ex eadem caussa (in b. f. und in rem actionibus), oder zwischen Schuldforderungen im Zweifel vorzuziehen.“

sollen. Was sodann l. 14. §. 2. cit. anlangt, so ist einmal keine Nothwendigkeit da, dieselbe von recuperatorischen Interdicten überhaupt, geschweige ausschließlich, zu verstehen. Aber selbst wenn sie neben andern Klagen von jenen Interdicten spräche, so würde man unter der von ihr ausgeschlossenen Compensation sehr wohl dasselbe denken können, was man für actiones in rem unter dem fraglichen Ausdrucke begreift.

Sind damit die inneren Gründe widerlegt, mit denen Brinz seine Behauptung stützt; so dürfte zweitens ein äußerer Grund für dieselbe nicht sprechen. Und auffallend genug wäre es doch, wenn Justinian den Ausdruck: compensatio, der noch im justinianeischen Rechte selbst einen bestimmten technischen Sinn, nämlich den der Aufrechnung gleichartiger Ansprüche hat [15]), nun ohne eine solche Abweichung vom gewöhnlichen Gebrauche nur mit Einem Wörtchen anzudeuten, in der behaupteten Art sollte erweitert haben. — Dies ist nicht zu glauben. Aber noch weniger Wahrscheinlichkeit hat die Annahme Brinzens [16]), daß l. 14. Cod. cit. sicher eine erklärende Einleitung gehabt habe, in der jene Abweichung hervorgehoben wäre. Denn erstens wissen wir von einer solchen Einleitung nicht Ein Sterbenswort; zweitens ließe sich auch schwerlich ein nur leidlich haltbarer Grund ersinnen, weshalb die Compilatoren diese wichtige, ja zum Verständnisse der Neuerung schlechthin unentbehrliche Einleitung gestrichen haben sollten. Hätte sie ihnen zu lang geschienen? — aber freilich anderswo ließen sie die langweiligsten Einleitungen Justinians stehen. Oder überflüssig? — wie hätten sie gewagt dies dem Kaiser durch ihr Weglassen zu erklären? wie vollends, wenn Tribonian selbst das Gesetz verfaßt? — [17])

Endlich spricht geradezu gegen Brinz die Thatsache, daß noch in die justinianeischen Rechtsbücher soviele Stellen aufgenommen sind, nach deren unzweifelhaft unzweideutigem Inhalte, namentlich gegenüber actiones in rem, noch in der spätesten Zeit wenigstens gewisse Gegenforderungen mittels einer doli exceptio geltend gemacht wurden [18]). Oder will man, die eigne, wie wir

---

[15]) Arndts c. l. Note 7. — l. 1. D. h. t. l. 22. eod.

[16]) §. 16. p. 56.

[17]) Dernburg §. 19. p. 196 f.

[18]) s. die bei Schenck, die Lehre von dem Retentionsrechte p. 31. Anm. 6.

sehen werden, ohne alle Noth aufgestellte, Behauptung zu retten, die Compilatoren einer so vielfach wiederholten Nachlässigkeit beschuldigen?

Wie wir nun durch diese Stellen leicht davon überzeugt werden, daß Brinz sich irrt, wenn er behauptet, durch l. 14. Cod. h. t. sei die exceptio doli als Retentionseinrede abgeschafft worden; so bedarf es nur eines Hinweises auf das im §. 12. über die Wirkung der exceptio doli Bemerkte, um auch die Richtigkeit dessen zu widerlegen, was Brinz als Grund jener Abschaffung angiebt. Hat nämlich die exceptio doli keineswegs immer zu einer völligen Abweisung der Klage geführt, so kann es nicht das Streben gewesen sein, diese Härte zu lindern, was Abschaffung unserer exceptio veranlaßt hätte. Obendrein aber war dies Streben selber gar nicht vorhanden. Das erhellt ganz unleugbar aus denjenigen Stellen, gemäß denen noch im justinianeischen Rechte ein mittels der doli exceptio geltendgemachter Gegenanspruch in manchen Fällen zu gänzlicher Klagabweisung führt [19]).

Nichtsdestoweniger, glaube ich, hat Brinz recht, daß in dem ipso jure compensari für in rem actiones eine exceptio doli abgeschafft ist. Aber aus anderm Grunde, und in anderm Umfange, als er es meint, — wie ich unten §. 27. zu beweisen hoffe.

§. 17.

b. von Scheurls Auffassung.

Die Ansicht von Scheurls über die Bedeutung der die Compensation betreffenden Bestimmungen Justinians, auf demselben Grundgedanken wie die im vorigen §. dargestellte An-

---

angeführten Stellen. Den Ausweg, daß die fragliche Constitution Justinians erst nach der Compilation der Pandekten erlassen sei, versperrt der Umstand, daß dieselbe in den, bekanntlich noch vor den Pandekten vollendeten, Institutionen benutzt wird. Und auch in diesen wie im Codex selber findet sich die exceptio doli als Retentionseinrede. s. z. B. l. 14. l. 16. Cod. de R. V. 3, 32.

[19]) z. B. l. 7. §. 12. D. de acq. rer. dom. 41, 1. s. l. 14. D. de dol. m. exc. 44, 4. l. 27. §. 11. D. de noxal. act. 9, 4. s. auch l. 28. l. 11. eod. vgl. oben §. 12. Note 29. l. 4. §. 9. l. 5. §. 1. de dol. m. exc. 44, 4. — §§. 30. 34. J. de rer. div. 2, 1. s. auch §§. 32. 33. eod. — l. 16. Cod. de R. V. l. unica Cod. etiam ob chirogr. 8, 27. u. s. w.

sicht Brinzens beruhend, daß nämlich mit dem Formularprocesse die gerichtliche Compensation nicht hinweggefallen sei —, findet den Gegensatz des ipso jure compensari auch für diese spätere Zeit in einem Compensationsgeschäfte [1]).

Auf solche Weise aber habe die Berücksichtigung einer Gegenforderung des Beklagten ohne Unterschied, ob ihr Inhalt mit dem der Klagforderung gleichartig oder ungleichartig sei, nur bei Gegenforderungen ex eadem caussa in bonae fidei judiciis stattgehabt [2]). Eine Gegenforderung ex dispari caussa habe stets par species vorausgesetzt, wenn sie, abgesehen von vertragsmäßiger Compensation, zu einer Minderung der Condemnation habe führen sollen.

Daß auch Gegenforderungen auf dispar species ex alia caussa, ohne die vorgängige Abrede der Parteien, bei der klagweisen Verfolgung der einen von einander abgesetzt werden und so eine Verurtheilung des Beklagten auf den Ueberschuß bewirken könnten, — das sei nun die Neuerung gewesen, welche Justinian, freilich mit der zweckmäßigen Beschränkung durch das Erforderniß der Liquidität, in der l. 14. Cod. h. t. 4, 31. eingeführt habe. Denn wenn Justinian sage: Compensationes ex omnibus actionibus ipso jure fieri sancimus, nulla differentia in rem vel personalibus actionibus inter se observanda — so erhelle es, daß, da hier ursprüngliche par species oft gar nicht denkbar sei, auf dieses Erforderniß nunmehr gar nichts weiter solle ankommen. Von selbst verstehe es sich dabei, daß von solcher Compensation nur unter Voraussetzung der Verwandlung des Klaganspruches in eine Geldforderung, und folglich auch nur von Erhebung des Compensationsanspruchs im Liquidationsverfahren die Rede sein könne, durch welches diese Verwandlung vor sich gehen solle [3]).

---

[1]) v. Scheurl c. l. p. 173 f. vgl. p. 166 f. s. oben §. 15. a. E.

[2]) s. auch v. Scheurl p. 151 ff.

[3]) v. Scheurl p. 174. p. 179 ff. — Im Zusammenhange hiermit sucht v. Scheurl dann nachzuweisen, daß das Erforderniß der Liquidität eben nur auf den Fall beschränkt sei, wo bei in rem actiones oder stricti juris judicia eine ursprünglich auf dispar species gerichtete Forderung zur Compensation kam. Ich glaube auch hier nicht weiter in diese Lehre eingehen zu müssen. Sie setzt vielmehr das Erwiesensein der Vordersätze voraus, als daß selbst die Unmöglichkeit, auf Grundlage dieser Vordersätze, ihre Quellenwidrigkeit darzuthun, für die Richtigkeit eben jener Sätze zeugte.

Gegen diese Darstellung, sofern sie die Bedeutung des ipso jure compensari betrifft, läßt sich nur wiederholen, was dagegen am Ende des §. 15. gesagt worden ist. Ist auch ein vorgängiges Compensationsgeschäft unnöthig, so ist damit keineswegs jedes andre factum hominis überflüssig gemacht. Vielmehr bedarf es stets des Vorbringens der bei der Compensation interessirten Partei; oder, will man die Compensation als Handlung des Richters auffassen, nun so würde eben dessen Handlung unentbehrlich sein.

Ferner. Der oben gegen Brinz gemachte Einwand, daß bei seiner Auffassung der Ausdruck compensatio seine technische Bedeutung verlieren würde, dieser zwar trifft von Scheurl nicht. Compensation würde man die von ihm behauptete Ausgleichung von Gegenansprüchen allerdings nennen können. Desto bedenklicher jedoch ist die Ausdehnung, welche er für eine solche Ausgleichung annimmt. Schon was das ältere Recht anlangt, wenn die Erklärung, daß von jeher auf die Gleichartigkeit der Forderungen bei Gegenansprüchen aus demselben b. f. negotium nichts angekommen sei, so unbedingt zu verstehen ist, als sie ausgesprochen erscheint: so möchte ich entschieden widersprechen. Ein auf derartige Ausgleichung von Wechselverbindlichkeiten gerichteter Rechtszustand würde den Rechtsverkehr völlig auflösen, in ein System gegenseitiger Beraubung verwandeln [4]).

[4]) Wo Leistung und Gegenleistung gleich geschätzt würden, hätte keiner dem andern zu leisten. In dem viel häufigeren Falle aber, wo der Werthbetrag der einen den der andern Leistung übersteigt, wäre eben das Erschnappen dieses Ueberschusses das ganze rechtliche Ergebniß des Geschäfts gewesen. Vor nichts hätte man sich also mehr hüten müssen, als eine Leistung schuldig zu werden, die nur ein wenig den Werth der Gegenleistung überstiege: man hätte sonst selbst unter Haufen Goldes, die dann freilich mehr und mehr geschwunden wären, ohne Erbarmen verhungern können. Denken wir uns, ich habe einen Scheffel Waizen für einen höhern als den Marktpreis gekauft. Zahle ich nun gutwillig vor Empfang der Gegenleistung, so kann nach älterm römischen Processe es freilich immerhin sein, daß ich, falls diese verweigert wird, schließlich zwangsweise nur mein Interesse vom Verkäufer zu erlangen vermag, also einen baaren Verlust erleide, ohne mich auch nur Eines Körnchens von dem Waizen zu erfreuen. Allein nach der herrschenden Ansicht bin ich imstande, diesen Ausgang dadurch abzuwenden, daß ich die Zahlung solange zurückhalte, bis mir der Waizen geliefert wird; und dies ist ohne Frage für den Verkäufer eine um so wirksamere Nöthigung zur Erfüllung, je vortheilhafter der Preis für ihn verabredet ist. Nach von Scheurls Ansicht würde die Verpflichtung zur

Ist aber im früheren Rechte selbst bei Gegenforderungen ex eodem b. f. negotio eine gerichtliche Compensation nur da vorgekommen, wo spätestens im Augenblicke der Condemnation Leistung und Gegenleistung gleichartig waren: so wird es von vornherein schwer zu glauben, daß Justinian leichthin für die Compensation bei allen Klagen das Erforderniß der Gleichartigkeit aufgehoben habe, wennschon man sich vergegenwärtigt, daß die

---

Zahlung des höchsten Preises das gewisseste Mittel sein, nichts zu erhalten. Wenn ich nämlich auf Erfüllung klagte, so würde der Erfolg der Berufung des beklagten Verkäufers auf seine Gegenforderung der sein, daß die sich deckenden Werthbeträge der Gegenforderungen von einander abgesetzt und durch Compensation wie durch Zahlung getilgt würden, der Verkäufer also frei gesprochen werden müßte. Alsbald würde er darauf den Werthüberschuß meiner über seine Verbindlichkeit ausklagen. Wenn aber der Verkäufer seinerseits zu klagen anfinge, so würde der gleiche Erfolg noch einfacher erreicht. — Soweit mithin nicht etwa das dringendste gegenseitige Bedürfniß einen, vom Rechte unerzwingbaren, insofern mithin freiwilligen, Austausch von Naturalleistungen erheischte: würde Handel und Wandel nothgedrungen ein unaufhörliches gegenseitiges Bestreben sein, sich um baares Geld zu überlisten. — Dieses Ergebnisses halber fällt es mir schwer zu glauben, daß die im Texte vorgetragene Behauptung wirklich v. Scheurls Meinung sei. Und doch weiß ich nichts Anderes aus Folgendem herauszulesen — v. Scheurl p. 152 f. —: „Dieses ursprüngliche Compensationsrecht, wie es bei b. f. obligationes stattfindet, ist das Recht, richterliche Berücksichtigung der quantitativen Einwirkung, welche die Gegenforderung auf die Forderung hat, durch Verurtheilung auf den bloßen Ueberschuß zu fordern. Von einer quantitativen Einwirkung der Gegenforderung auf die Forderung kann aber eigentlich nur die Rede sein, wenn beide auf ganz gleichartige Quantitäten gehen, also nicht, wenn die Forderung auf Restitution eines deponirten Pferdes, und die Gegenforderung auf Ersatz der Futterkosten geht. Allein die condemnatio aus der Forderung ist immer pecuniaria im alten Recht, und ebenso hat der Richter bei Berücksichtigung der Gegenforderung ihren Gegenstand auf eine Geldsumme zurückzuführen; Forderung und Gegenforderung sind hier also für den Richter zuletzt immer Geldforderungen, mithin Forderungen auf ganz gleichartige Quantitäten. Das Compensationsrecht kann daher hier von dieser Seite keiner Beschränkung unterliegen.“ Ferner p. 173. „Bei Compensationen ex eadem caussa in b. f. judiciis galt das Erforderniß ursprünglicher par species nicht.“ Wenigstens entbehre ich sehr eine dringend nothwendige ausdrückliche Einschränkung, die mit den angeführten Worten am Ende nicht ganz unvereinbar ist. — vgl. v. Scheurl, Instit. (Aufl. 3.) §. 132. p. 256. sub nro. 2. — Brinz, Pandekten §. 149. p. 647. — l. 13. §. 8. D. de act. e. e. v. 19, 1. u. s. w, s. auch oben §. 8. Note 17.

Möglichkeit der Naturalexsecution im damaligen Rechte dieser scheinbar schrankenlosen Compensation ziemlich enge Schranken gesetzt haben würde. Endlich. Der zu dieser Behauptung führende Schluß ist gewiß falsch, daß, weil bei in rem actiones ursprüngliche par species oft gar nicht denkbar sei, auf dieses Erforderniß der nunmehr auch bei solchen Klagen möglichen Compensation überhaupt nichts weiter ankommen solle. Oder wäre es nicht denkbar, daß gerade nur dann auch bei in rem actiones compensirt würde, wo Anspruch und Gegenanspruch denselben Inhalt haben?

Und an anderen Beweisen für von Scheurls Behauptung fehlt es.

---

§. 18.

Zweiter Abschnitt.

Erklärung des Satzes: **ipso jure compensatur.**

I. Uebersicht der geschichtlichen Entwickelung der gerichtlichen Compensation.

Nachdem in dem vorhergehenden Abschnitte dieses Buches der Versuch gemacht worden ist darzuthun, daß alle bisherigen Erklärungen des Satzes: ipso jure compensatur bis auf Eine ungenügend oder falsch seien, — gelangen wir nunmehr zu der eigentlichen Aufgabe, die richtige Erklärung jenes Satzes darzustellen.

Ich finde sie darin: es bedarf keiner exceptio, eine compensabele Gegenforderung vor Gericht geltendzumachen.

Im wesentlichen ist diese Erklärung keine neue. Wie §. 2. gezeigt hat, ist die Bedeutung des ipso jure im §. 30. J. de act. 4, 6. bereits von den Glossatoren im Gegensatze zu der exceptio doli gesucht. Daß deren unklare Auffassung durch das Bekanntwerden des Formularprocesses im 16. Jahrhundert zur völligen Deutlichkeit gelangt ist, hat sodann §. 3. ausgeführt. Aber freilich haben wir auch darauf aufmerksam machen müssen, daß dies nur soweit der Fall gewesen, als jener Satz eine Aeußerung der classischen Zeit des römischen Rechtes enthält. Durch die Schwierigkeit, gemäß dieser Auffassung, als deren bedeutendster Vertreter Donellus zu nennen ist, unserm Satze auch für das spätere, namentlich noch für das justinianeische Recht eine praktische Erheblichkeit beizulegen, die er doch ohne Frage in diesem Rechte beansprucht, ist die allgemeine Verbreitung jener Auffassung vereitelt.

Anderseits sind gegen diese Auffassung, deren Ausführung selbst rücksichtlich des Formularprocesses im einzelnen noch manches zu thun übrig läßt, in jüngster Zeit neue Bedenken erhoben.

Es wird uns demnach obliegen, einmal, diese Bedenken beseitigend, die Bedeutung unseres Satzes für das classische Recht nach allen Seiten hin festzustellen; sodann aber — und dies ist vielleicht das wirklich Neue meiner Arbeit — nachzuweisen, welche Wichtigkeit dieselbe noch für den justinianeischen Proceß besitzt. —

Um von vornherein das Ziel zu bezeichnen, wohin der verwickelte Weg der nachfolgenden Untersuchungen leiten soll, stelle ich hier das thatsächliche Ergebniß derselben kurz zusammen.

1) Abgesehen von den eigenthümlichen Fällen des argentarius und des bonorum emptor, kam die gerichtliche Compensation anfangs vor rücksichtlich connexer Gegenforderungen bei actiones bonae fidei und bei prätorischen Cautionalstipulationen. Und zwar bedurfte es keiner der Formel eingeschalteten exceptio, den Richter zur Berücksichtigung einer solchen Gegenforderung zu bevollmächtigen: insofern wurde also hier ipso jure compensirt [1]). — Allein damit ist selbst für die frühere Zeit das Gebiet der gerichtlichen Compensation noch nicht durchmessen. Sie fand nämlich endlich bei solchen actiones stricti juris statt, deren Inhalt auf einem negotium bonae fidei beruhete, vorausgesetzt, daß sie auch bei der bonae fidei actio aus demselben vorgekommen sein würde. Auch hier bedurfte es einer desfallsigen exceptio nicht.

Uebrigens scheint die gerichtliche Compensation nicht angewandt worden zu sein, weder mittels einer exceptio, noch ohne eine solche. Gewiß freilich ist dies nur von actiones stricti juris.

2) Kraft eines Rescriptes des Kaisers Marcus Aurelius wurde die Compensation ausgedehnt auf stricti juris judicia. Aber bei diesen muste der Beklagte zu jenem Zwecke die exceptio doli in die Klagformel setzen lassen.

Damit war gleichzeitig ein weiterer Fortschritt gemacht. Denn da sämmtliche obligationes stricti juris streng einseitig sind, so konnten die zur Aufrechnung gebrachten Gegenforderungen nur ex alia caussa entsprungen sein. Wenn aber bei actiones stricti juris nichtconnexe Gegenansprüche compensirt wurden: so ist es

[1]) s. oben §. 3. Note 4.

gewiß, auch ohne ausdrücklichen Beweis dafür, erlaubt, das Gleiche für actiones bonae fidei anzunehmen.

Endlich mag noch die, ebenfalls in ihrer Natürlichkeit den Hauptbeweis suchende, Ansicht geäußert werden, daß spätestens jetzt auch bei andern obligatorischen Klagen, sei es ope exceptionis, sei es ipso jure, die Compensation statthatte.

3) Bald aber ging man noch einen Schritt weiter. Man betrachtete die Compensation nicht mehr blos als einen, auf der, den klagenden Gläubiger nicht verkürzenden, Billigkeit beruhenden, Grund den Beklagten von der Erfüllung zu befreien; sondern als ein in seiner Wirkung der wechselseitigen Zahlung gleichstehendes Tilgungsmittel von Obligationen. Deshalb erachtete mans für überflüssig, da, wo dies bisher bei obligatorischen Klagen hatte geschehen müssen, der Compensation halber eine exceptio doli in die Formel zu setzen. Vielmehr sollte hier der Richter schon mittels der actio pura eine compensabele Gegenforderung zu berücksichtigen befugt sein. Und so heist es denn bei den Juristen aus der Zeit der Severe ganz allgemein für solche Klagen: ipso jure compensatur. —

4) Mit dem Untergange des Formularprocesses fiel zwar der ursprüngliche Gegensatz des ipso jure und des ope exceptionis selbstverständlich hinweg. Allein die verschiedenen Befreiungsarten von einer Verbindlichkeit blieben nicht nur aus historischer Reminiscenz getheilt in solche, welche ipso jure, und andre, welche ope exceptionis wirkten: sondern dieser alte Gegensatz erhielt eine neue Bedeutung. Der spätere Proceß nämlich hatte für die Verhandlung und namentlich für den Beweis der einzelnen Angriffs- und Vertheidigungsmomente eine festgeregelte Reihenfolge. Nach derselben kam zuerst der Klaggrund zur Verhandlung und zum Beweise; gleichzeitig jedoch mit ihm derartige Vertheidigungsgründe, welche ipso jure wirkten, d. h. welche eben im Formularprocesse zu ihrer Geltendmachung einer exceptio nicht bedurft hatten. Erst, wenn danach feststand, daß der Klaggrund vorhanden sei, kam nun der Beklagte zum Beweise seiner s.g. exceptiones. Und wenn diese exceptiones erwiesen waren, folgte Verhandlung über die replicationes u. s. f. — Man sieht leicht, wie wichtig es sein konnte, gleichzeitig mit dem Kläger zum Beweise des Vertheidigungsgrundes zu gelangen, namentlich wenn der letztere ohne Mühe zu erbringen, der Klagbeweis aber illiquid

war. Daher die große Sorgfalt, mit der noch in Justinians Compilation angemerkt ist, ob etwas in der einen oder in der andern Art befreiend wirke.

Und so hat denn der Satz: ipso jure compensatur im processualischen Sinne fortdauernd seine gute Bedeutung.

5) Justinian endlich hat das Herrschaftsgebiet unseres Satzes erweitert, indem er ihn auf die Compensation auch bei in rem actiones ausdehnte.

Schon früher wurden connexe Gegenansprüche bei in rem actiones berücksichtigt. Allein mit Ausnahme der hereditatis petitio konnte die Berücksichtigung eines Gegenanspruches hier überall nur mittels einer exceptio erzwungen werden. Der Ausdruck compensatio aber fand sich bei in rem actiones nur für die untergeordneten Fälle, in denen eine Verwendung auf den Gegenstand der Klage vermöge des richterlichen Schiedsspruches abgesetzt werden konnte, weil sich dieser Gegenstand aus irgend einem Grunde in eine Geldleistung verwandelte. Für solche gleichartige Gegenansprüche dagegen, welche nicht für immer, sondern nur für eine Zeit lang die Geltendmachung eines Klaganspruchs ausschlossen, scheint man den Ausdruck compensatio auf in rem actiones als eine technische Bezeichnung eben nicht angewandt zu haben. Die Neuerung Justinians bestand nun gerade darin, daß er die Berücksichtigung solcher gleichartiger Gegenansprüche auch bei actiones in rem ipso jure im angegebenen Sinne eintreten ließ, während ungleichartige zu ihrer Geltendmachung nach wie vor der exceptio bedurften. Als gleichartig aber muß ein Anspruch betrachtet werden, der mit einem andern denselben Inhalt, z. B. juristischen Besitz, hat, einerlei, ob er auch auf dem ver- verschiedenartigsten Rechte, z. B. klägerischerseits auf dem Eigenthume, beklagtischerseits auf einem Faustpfandvertrage, beruht, ganz ähnlich wie der Anspruch z. B. auf die Eigenthumsübertragung von 100 Th. immer gleichartig ist, mag er aus einem Darlehen, mag er aus einem Schenkungsversprechen entsprungen sein. — Jetzt war in der That dieser Fall des gleichartigen Gegenanspruchs bei in rem actiones in ähnlicher Weise wie bei persönlichen Klagen vor dem des ungleichartigen Gegenanspruchs ausgezeichnet; — und so konnte Justinian sehr wohl den dafür bei den letzteren Klagen gebräuchlichen Ausdruck: compensatio

auf jene erstrecken, so daß er dann mit Fug es als einen wichtigen Satz hinstellen durfte:

Compensationes ex omnibus actionibus ipso jure fieri sancimus nulla differentia in rem vel personalibus actionibus inter se observanda. —

Die folgenden §§. sollen nun diese Sätze im einzelnen näher begründen.

§. 19.

II. Die gerichtliche Compensation vor Marcus Aurelius.

Schon in früher Zeit der wissenschaftlichen Entwickelung des römischen Rechtes erscheint die gerichtliche Compensation bei actiones bonae fidei [1]. Den Gedanken, auf dem die Compensation hier beruhete, drückt Pomponius in l. 3. D. h. t. sehr bezeichnend so aus:

> Ideo compensatio necessaria est, quia interest nostra potius non solvere quam solutum repetere.

Nach den einfach vernünftigen Grundsätzen des alltäglichen Wechselverkehres, welcher sich vor allem in den negotia bonae fidei bewegt [2], muß jedem Theile, soweit dies ohne Verkürzung des andern geschehen kann, die Erfüllung seiner Verbindlichkeiten möglichst leicht gemacht werden. Wo daher und soweit beide sich das Gleiche zu leisten haben, der Erfolg der gegenseitigen Leistung mithin kein andrer sein würde, als wenn jeder seine Leistung zurückbehalten hätte: da und soweit braucht nach jenen Grundsätzen keiner zu leisten. Denn diese Nichtleistung ist in der That jedem vortheilhafter als die Auswechselung der Leistung. Es braucht erstens keiner sich die Leistungsmittel zu verschaffen. Zweitens werden so die nicht seltene Weitläufigkeit, die Kosten und die Gefahr der gegenseitigen Uebersendung dieser Leistungsmittel vermieden. Drittens hat derjenige, welcher etwa vor dem andern geleistet haben würde, nunmehr weder die unangenehme Noth-

---

[1]) l. 10. §. 9. D. mandati 17, 1., wo Labeo angeführt wird. — Cic. de off. 3; 17, 70? s. oben §. 8.

[2]) quibus vitae societas continetur. Cic. c. l. de off. 3; 17, 70. vgl. Donell. de action. §. XIX. (ad §. 28 tit. J.) Nro. 48.

wendigkeit einer gerichtlichen Betreibung seiner Forderung noch den Nachtheil einer Zahlungsunfähigkeit seines Gegners zu besorgen.

Weil sich nun diejenigen, welche eine obligatio bonae fidei miteinander abschließen, rücksichtlich derselben stillschweigend die Gewährung der grösten Billigkeit gegenseitig versprechen [3]); die Gestattung aber der Compensation, eine, wie wir gesehen haben, nicht unerhebliche, Vorschrift der Billigkeit ist [4]): so nahm man die erzwingbare Compensation bei judicia b. f. allgemein an [5]). Aber freilich nur soweit, als die bona fides des einzelnen Geschäftes dies erheischte, d. h. nur für Gegenforderungen ex eadem caussa. So wird es uns noch von Gajus ausdrücklich bezeugt.

Gaj. IV. §. 61. (In quo et illud) continetur, ut habita ratione ejus, quod invicem actorem ex eadem causa praestare oporteret, in reliquum eum, cum quo actum est, condemnare (debeat) [6]).

Und lediglich in der Eigenthümlichkeit der bonae fidei obligationes hatte diese, jedermann offene, Möglichkeit der gerichtlichen Compensation ihren Grund. Quia id bonae fidei judicio conveniens videtur, id officio judicis contineri creditur compensationis rationem habere, sagt Gajus [7]). Deshalb war sie nicht gerade auf eigentliche bonae fidei actiones, aber doch auf actiones ex caussa bonae fidei beschränkt.

Dahin mögen, nächst den eigentlichen bonae fidei actiones, zuerst die Klagen aus denjenigen prätorischen Stipulationen ge-

---

[3]) s. z. B. l. 31. pr. D. depos. 16, 3.

[4]) l. 36. D. de administr. tut. 26, 7. (Papinian.) — Aequitas, quae merum jus compensationis inducit. — l. 5. Cod. h. t. aequitas compensationis. l. 6. eod. 4, 31.

[5]) Die Fragen: ob auch bei illiquiden Gegenforderungen? ob auch beim Depositum? — diese will ich dabei unberührt gelassen haben. Sie kommen in der That bei meiner Aufgabe nicht in Betracht.

[6]) Daß die Compilatoren in §. 39. J. de act. 4, 6 das ex eadem caussa wahrscheinlich aus Versehen haben stehen lassen, geht daraus hervor, daß Theophilus ad h. l. dasselbe ausgelassen hat. Es sind über seine Bedeutung die verschiedensten Ansichten aufgestellt. cf. Schrader ad h. l., vorzüglich aber Theophilus Ed. Reitz. — Eine dort nicht erwähnte Ansicht hat Donellus, de act. §. XXVIII. Nro. 7.

[7]) Gaj. IV. 63. — Theoph. ad §. 39. J. (Reitz) Haec ergo vult natura judiciorum bonae fidei.

rechnet werden, bei welchen Gegenforderungen ex eadem caussa vorkommen können, d. h. aus vielen prätorischen Cautionalstipulationen, z. B. der cautio legatorum servandorum, der cautio rem pupilli salvam fore u. s. w. [8]). Ob die Compensation bei diesen Klagen gleichzeitig mit der Compensation in bonae fidei judiciis aufgekommen ist, oder erst später, vielleicht sehr viel später, theilen uns unsere Quellen nicht mit; nur das wissen wir, daß Julian sie gekannt hat. —

Wichtiger jedoch als die eben berührte Ausdehnung der Compensation über eigentliche b. f. actiones ist eine andere, nämlich auf solche actiones stricti juris, deren Inhalt auf einem negotium bonae fidei beruht.

Es ist denkbar, daß infolge eines negotium bonae fidei mit einer actio stricti juris geklagt wird. Und zwar in doppelter Weise denkbar. Einmal kann ein fidejussor für die Erfüllung der aus einem solchen Geschäfte entspringenden Verbindlichkeit eintreten [9]). Dessen Obligation wird dann freilich mittels einer actio ex stipulatu ausgeklagt; ihr Inhalt aber ist nach dem Inhalte der Hauptobligation, also ex fide bona, zu bestimmen [10]). Zweitens kann jeder, dem aus einem b. f. Contracte Geld geschuldet wird, statt mit der betreffenden Contractsklage, wenn er die Gefahr des certum auf sich nehmen will, seine Forderung mit einer condictio certi einklagen [11]). Natürlich wird auch hier der Betrag dieser Forderung nach demjenigen Betrage bemessen, den er mit der Contractsklage erhalten würde. Da nun die

---

[8]) l. 10. §. 3. D. de comp. 16, 2. In stipulationibus quoque, quae instar actionum habent [id est praetoriis], compensatio locum habet: et secundum Julianum tam in ipsa stipulatione, quam in ex stipulatu actione poterit objici compensatio. Hiervon ist schon oben §. 9. genug die Rede gewesen.

[9]) s. Gaj. III. 119.

[10]) vgl. auch l. 35. D. de fidej. 46, 1.

[11]) l. 9. pr. D. de R. C. 12, 1. (Ulpian.) Uebrigens ist gerade der Inhalt dieser l. 9. pr. gewaltig bestritten; — s. v. Keller röm. Civilpr. § 88. (2. Aufl.) Note 1108. — und seine Feststellung würde unendliche Untersuchungen erfordern, wenn man bei dem Stande der Quellen überhaupt je zur völligen Gewißheit kommen kann. Es wird mir daher gewiß niemand verargen, wenn ich mich hier einfach auf die Auctorität v. Kellers berufe. — Ueber einen Punct, rücksichtlich dessen mir v. Kellers Meinung nicht genügend begründet scheint, s. unten Note 21.

Berufung auf eine compensabele Gegenforderung diesen Betrag ipso jure vermindert, so muß sie auch ipso jure, d. h. ohne daß es dazu einer exceptio bedürfte, bei der Bestimmung des mit der condictio eingeklagten Betrages berücksichtigt werden. Dies ist der Inhalt der vielbesprochenen l. 4. D. h. t. (Paullus libro 3. ad Sabinum.)

Verum est, quod et Neratio placebat, et Pomponius ait, ipso jure eo minus fidejussorem ex omni contractu debere, quod ex compensatione reus retinere potest: sicut enim, quum totum peto a reo, male peto, ita et fidejussor non tenetur ipso jure in majorem quantitatem, quam reus retinere potest.

Die Stelle erklärt sich nach dem vorigen sehr einfach. In ihrer vordern Hälfte erzählt Paullus, Neratius und Pomponius seien der Ansicht gewesen, daß der Bürge aus jedem Contracte ipso jure auf so viel weniger verpflichtet sei, als der Hauptschuldner selber compensiren könne. Zu den Zeiten der genannten Juristen wurde, abgesehen vom Falle des argentarius und des bonorum emptor, nur in judiciis b. f. ex eadem causa compensirt; nur b. f. contractus also können sie mit dem omnis contractus gemeint haben, selbst wenn sie nicht ausdrücklich das bonae fidei hinzusetzten [12]).

In der andern Hälfte wird nun ein, wie mich dünkt, sehr nahe liegendes, Argument dafür beigebracht, daß der Bürge, obwohl mit einer actio stricti juris belangt, doch keiner exceptio bedürfe, Berücksichtigung der compensabelen Gegenforderung des Hauptschuldners zu erzwingen. Der Hauptschuldner selber bedürfe dazu keiner exceptio, wenn der Gläubiger eine condictio certi gegen ihn richte, ja, der Gläubiger laufe Gefahr, falls er nicht von vornherein der Gegenforderung Rechnung trage, plus petendo den Proceß zu verlieren [13]).

---

[12]) s. oben §. 11. p. 109 f. Damit widerlegt sich die Behauptung Hasses, über die Compensation rc. im Arch. f. d. civ. Prax. Bd. VII. p. 171., das ipso jure sei unstreitig ein Emblem, denn daß zu dieser Juristen Zeit ein Fidejussor aus jeglichem Contracte, also in jeglichem judicium, ohne exceptio die Forderung des Schuldners sollte haben zur Compensation bringen können, sei schlechthin unglaublich. Ja wohl ist es das; aber das wird auch in der That nicht behauptet. — vgl. auch Sintenis in der Zeitschrift für Civilr. Bd. 18. p. 25.

[13]) vgl. Fuhr, Archiv für pract. Rechtswissenschaft. Bd. 1. Hft. 2. p. 129.

Der Nachweis, daß im letztern Theile der l. 4. wirklich von einer condictio certi und einer pluspetitio gegenüber dem Hauptschuldner die Rede ist, wird leicht zu erbringen sein.

Zur Vergleichung möge hier einstweilen ein, gleichfalls von der Compensation handelnder, Satz desselben Paullus Platz finden.

Rec. Sent. 2; 5, 3. i. f. — Si totum petas, plus petendo caussa cadis [14]).

Petere steht in seiner technischen Bedeutung bekanntlich oft für intendere [15]); totum intendere setzt aber eine intentio certa, also im Fall einer persönlichen Klage eine condictio certi voraus. Die Richtigkeit dieser Behauptung erhellt in der einen Stelle unmittelbar durch die angegebene Wirkung des totum petere, — des plus petere. Statt dessen ist in der andern male agere gesagt, und dies bezeichnet in der That dasselbe [16]).

„In jenem processualischen Sinne das quum totum peto male peto genommen (Note 3: „Um es in diesem Sinne nehmen zu können, muß die Stelle von einer condictio certi verstanden werden"), würde Paullus also deducirt haben: Da der Gläubiger, wenn er wider den Hauptschuldner der Compensation ungeachtet das Ganze einklagt, wegen pluspetitio abgewiesen werden muß, so kann auch der Bürge für nicht mehr haften, als wozu der Hauptschuldner condemnirt werden kann. Dieser Deduction fehlt es aber offenbar an allem vernünftigen Zusammenhange." Vielleicht hätte Fuhr diesen Zusammenhang ebenso richtig gesehen, als er, freilich von einer etwas anderen Voraussetzung, die Nothwendigkeit jener Deduction nachgewiesen hat, wenn er ein wenig getreuer übersetzt hätte. Es muß heißen: „so kann auch der Bürge ipso jure nicht für mehr haften" —; dies ipso jure hat Fuhr unterschlagen.

[14]) s. auch §. 33. J. de act. 4, 6. — si quis totum legatum petierit, post deinde prolati fuerint codicilli, quibus aut pars legati adempta sit, aut quibusdam aliis legata data sint, quae efficiebant, ut plus petisse videretur petitor. etc. — Re, — si is, cujus ex parte res est, totam eam — suam esse intenderit.

[15]) s. Gaj. IV. 54. s. oben §. 7. p. 65.

[16]) s. l. 4. §. 2. D. de pact. 2, 14. vgl. l. 41. §. 1. D. de jure dot. 23, 3. Brinz, die Lehre. § 2. p. 5 f. s. Detlev. Langebekii adnotationes cap. 17. (Otto. thesaur. I. col. 557. sq.) Saepe jure nostro male quem agere, vel nihil agere dicitur, quibus verbis nihil aliud significari volunt interpretes, quam quod eum, qui nullam actionem habet, nihil agere, illum autem, qui actionem quidem habet, verum exceptione repelli potest, male agere existimant. Mihi autem majorem haec verba vim ac potestatem habere videntur, atque olim, quum adhuc judicia ordinaria in usu erant, illum male petere vel male agere fuisse dictum, qui per hoc incidebat in

---

poenam pluspetitionis — §. 33. J. de act. — remque consumebat; illum autem nihil facere vel agere, cui ex eo nullum erat periculum. Idque ex quibusdam locis ICtorum et exemplis ibidem subjectis plane intelligi potest. quorum primus est in l. 4. de comp. — [Folgen die Worte.] Quibus verbis significare videtur ICtus, eum, qui totum petit a reo, qui compensare potest, quasi pluspetendo rem amittere: idque ex eo, quod ipso jure dicatur fieri compensatio — l. 21. D. l. 4. et l. ult. Cod. —, hoc est per legem induci et effectum habere, ne sc. amplius totum debeatur, nec sine poena peti possit: pro soluto enim lex compensationem haberi vult. — l. 4. Cod. eod. l. 4. D. qui pot. in pign. — ac semper quum ipso jure quid fieri dicitur, juris ac legis potestate et vi ita esse intelligitur. Sic et quum legata ipso jure per Falcidiam minuantur, si legatarius sciens, legem Falcidiam locum habere, integrum legatum petebat, plus petere judicabatur. Alius est locus in l. unica §. ult. quando dies ususfr. 7, 3. Denique Scaevola ait, agentem ante diem ususfructus nihil facere, quamvis alias qui ante diem agit, male agit. — Jam certum est, illum qui ante diem experitur, tempore plus petere atque in poenam amissionis rei incidere. Quod secus est in eo, qui ante diem legati cedentem agit: hic enim nondum est creditor, nec ullam habet actionem. — l. 42. pr. D. de O. et A. 44, 7. l. 45. §. 1. l. 50. §. ult. D. de legat. II. — quare potius nihil facere, quam male agere judicatur. Idem intelligi potest ex l. 36. D. de R. C. 12, 1. Ubi quaerit ICtus, si illum, qui pure mihi debet etc. (folgen die Worte der l. 36. cit.) et respondet, quum credita pecunia remanserit et quasi sub contraria conditione mihi promissa fuerit, si interim egerim, ante conditionem me petiisse videri, et sic male egisse: quod et alibi perperam agere vocatur. — l. 2. § 6. D. de eo quod certo loco. 13, 4. — Unde sequitur, omnem illum, qui jure veteri, quocunque modo plus petebat, ut merito caussa caderet, male vel perperam agere fuisse dictum: nihil autem agi vel fieri, fere in jure pro eo accipitur, — l. 1. §. 1. D. de off. procur. Caes. 1, 19. l. 21. §. 4. D. quod met. caussa. 4, 2. l. 25. §§. 3. 4. D. de usufr. 7, 1. l. 2. D. de pign. act. 13, 7. — quum id, quod fit vel agitur, per se nullius est momenti, nec quicquam adfert vel damni vel praejudicii. — s. auch Cujac. lib. 3. Quaest. Papin. ad leg. 16. de comp. — Donell. Comm. de jure civ. lib. 16. c. 15. Nro. 38. Is in universum male agit, qui, petendo quod sibi debetur ipso jure, plus tamen petit quam debetur. — Re autem plus petit, qui quum pars tantum ei debeatur, totum petit. Atque is est, de quo Paullus loquitur. Cui enim de parte compensatio objici poterat, is totum peterat. Male igitur, quia plus quam debebatur. Sed nihilominus verum est, quatenus compensatio objici potuit, eatenus ei, cui objici potuit, ipso jure nihil debitum fuisse. Quod si is peteret, cui de toto petito opponi posset compensatio, ut dicimus ei in totum nihil deberi ipso jure, ita sane si peteret, diceremus eum non male agere, sed nihil facere. — Auf diese Weise widerlegt sich die Glosse, welche in dem male agere den Beweis

Male agere und plus petere ist allerdings nicht identisch [17]); allein male agere ist der passendste Ausdruck für eine Klage, welche dem Kläger positiv nachtheilig ist — quicquam adfert vel damni vel praejudicii —; und da ein pluspetere dies jedenfalls ist, so kann sehr wohl das pluspetere in jenem Worte begriffen werden.

---

dafür findet, daß die compensatio per exceptionem geschehe. Ein andrer Erklärungsversuch des Donellus in Comm. ad l. 4. Cod. h. t. Nro. 12. ist verunglückt.

[17]) Insofern hat Dernburg p. 335 sub 4. recht. Allein unrecht möchte er haben, wenn er sagt, es sei kein Grund vorhanden anzunehmen, daß male agere eine andere Bedeutung gehabt habe als non recte agere; und non recte agere bezeichne ganz allgemein jede fehlerhafte Klage, mit der man aus materiellen oder formellen Gründen nicht durchdringen könne. l. 13. §. 5. D. de pign. (nicht de pign. act.) 20, 1. — Mir scheint, daß zwischen „nicht recht“ und „schlecht“ allerdings ein nicht unerheblicher Unterschied statthabe, wennschon alles, was schlecht ist, nicht recht ist. — Der Grund, welchen Dernburg anführt, um seine Behauptung zu beweisen, daß die l. un. §. ult. D. quando dies ususfr. 7, 3. in ihrer jetzigen Gestalt der Feder eines alten Juristen nicht entnommen sei, dieser Grund, nämlich, daß „agentem nihil agere“ und „male agere“ keinen Gegensatz bilden, — dürfte eine offenbare petitio principii enthalten. „Auch wer eine nichtige Klage anstellt, klagt übel, male.“ Allenfalls im gewöhnlichen Wortsinne: aber ist das ein Beweis gegen die fragliche technische Bedeutung? Dagegen kann Scaevola in der That nicht, wie Dernburg will, statt male agit rem perdit geschrieben haben. Denn rem perdere, welches zwar nicht ganz gleichbedeutend ist mit caussa cadere, wegen einer falschen intentio den Proceß verlieren, wird, soviel ich weiß, immer nur da gebraucht, wo der Grund des Verlustes des ganzen Klagegegenstandes in der Formel, z. B. auch in einer dilatorischen Einrede, liegt; (s. Gaj. IV. §. 123. Observandum est autem ei, cui dilatoria objicitur exceptio, ut differat actionem: alioquin si objecta exceptione egerit, rem perdit.) ist also, der Verfrühung halber, nur möglich, wo entweder eine dilatorische Einrede entgegensteht oder mit einer condictio certi geklagt wird. Scaevola aber spricht allgemein von dem Nachtheile einer verfrüheten Klage: und dieser Nachtheil liegt allgemein in dem Verluste, den der Kläger durch die processualische Consumption erleidet. Denn ein solcher Nachtheil tritt sowohl im Falle der condictio certi und der exceptio dilatoria ein: hier geht er auf das ganze Klagobject —, als im Falle einer actio incerta: hier geht er auf das noch nicht Fällige, möglicherweise also auch auf das ganze Object. s. Gaj. IV. 124. 131. l. 4. §. 2. cit. D. de pact. 2, 14. — Und diesen, überall eintretenden, Nachtheil der verfrüheten Klage konnte Scaevola sehr wohl mit male agere bezeichnen.

Danach möchte der ganze Nachdruck der l. 4. in ihrer ursprünglichen Bedeutung auf der Verneinung der exceptio liegen. Und dies auszusprechen war deshalb nicht unwichtig, weil manche Vertheidigungsgründe, welche bei der actio b. f. ohne exceptio berücksichtigt wurden, bei der an ihre Stelle tretenden condictio einer solchen bedurften, z. B. die, der Compensation nahe verwandte, Retention [18]. Als es späterhin unbestrittene Thatsache geworden war, daß compensabele Gegenforderungen selbst ex alia causa ipso jure geltendgemacht wurden, da war es wohl nur noch die Bemerkung, daß ausnahmsweise der Bürge die Forderung eines dritten, nämlich des Hauptschuldners, sollte zur Compensation bringen können [19], was unserer l. 4. Bedeutung gab. Deshalb findet sich auch in den Basiliken, 24; 10, 4. jede Beziehung auf das Processualische ausgelassen [20].

Eines ist jedoch noch zu erwähnen. Es muß dahingestellt bleiben, ob Paullus im zweiten Theile unserer l. 4. nur wiederholt, was er bei Neratius oder Pomponius, oder bei beiden gesagt fand, oder aber ob er deren Behauptung rücksichtlich der Compensation des Bürgen durch das von der Compensation des Hauptschuldners gegenüber der condictio certi hergenommene Argument neu unterstützt. Die Beantwortung dieses Zweifels wird wesentlich davon abhangen, ob man die Möglichkeit aus jeder auf eine [Geld-] Forderung gerichteten Obligation mit einer condictio certi zu klagen als eine alte, oder aber als eine erst der

---

18) s. l. 25. D. de a. e. e. v. 19, 1. (Julian.) — Gaj. 4, 126. vgl. v. Keller, Civilpr. §. 37. sub c. p. 151. — A. M. Dernburg p. 81. Note 2. Willkürlich scheint mir Puchta, Instit. Bd. 2. §. 171. Note t., für den ersten Fall eine über den Kaufpreis üblicherweise abgeschlossene Stipulation, für den andern gar einen Literalcontract anzunehmen, um die condictio zu erklären.

19) Dies hervorzuheben wurde mit der, unten näher besprochenen, veränderten Auffassung der Compensation nothwendig. Solange man den Einwand der Compensation als einen gewöhnlichen Vertheidigungsgrund angesehen hatte, mochte wohl niemand daran Anstoß nehmen, daß der Bürge, dem ja die Einreden des Hauptschuldners regelmäßig zustehen, auch auf diesen sich berufen konnte.

20) Es heist dort einfach: *Ἀπὸ παντὸς συναλλάγματος ὁ ἐγγυητὴς ἧττον χρεωστεῖ, ὅσον ὁ ἐναγόμενος δύναται παρακρατῆσαι διὰ συμψηφισμοῦ.* — Daraus läßt sich aber schwerlich etwas Positives auf den ursprünglichen Sinn der Stelle schließen. A. M. Dernburg §. 31. p. 337.

neuern Rechtsentwickelung bei den Römern angehörige ansieht [21]). Ich wage nicht mich gegenwärtig über diese Frage zu entscheiden. Ist aber das Letztere richtig, so würde es Paullus sein, welcher selbständig jenes Argument einem alten Satze hinzugefügt hat; und der in diesem Argumente ausgesprochene Satz würde alsdann eine, bereits vor der allgemeinen Statthaftigkeit der Compensation bei actiones stricti juris ausnahmsweise erscheinende, Anwendung derselben nicht enthalten.

Von selbst versteht es sich endlich, daß im Munde des Paullus das ex omni contractu einen weit umfassendern Sinn hat, als bei den von ihm genannten Juristen. Aber damit wird der Sinn der Stelle, soweit er uns angeht, nicht im geringsten geändert. Nur daß danach möglicherweise der Compensation halber auch bei der Klage gegen den Bürgen eine pluspetitio vorkommen konnte, nämlich wenn die Hauptobligation eine obligatio certa stricti juris war, — was freilich zu Neratius und Pomponius Zeit nicht vorkommen konnte. Allein auch für diesen Fall würden die Ausdrücke minus debere, non teneri in majorem quantitatem durchaus zulässig sein. —

Der von uns aufgestellten Beschränkung der Compensation vor Marcus Aurelius scheint jedoch eine ganze Reihe von Aeußerungen solcher Juristen zu widersprechen, welche vor diesem Kaiser geschrieben haben. Es läßt sich indessen zeigen, daß der scheinbar allgemeinere Sinn jener Stellen ursprünglich sehr viel enger gewesen sein kann, und daß daher aus keiner derselben ein nur einigermaßen gewisser Grund gegen unsere Behauptung genommen werden darf. Diese Aeußerungen sind enthalten in:

---

21) Der letztern Ansicht ist v. Keller c. l. §. 88. Note 1107. — L. 34. pr. D. mand. 17, 1. (African.) übrigens spricht nicht gegen die allgemeine condictio certi. Es wird hier nur die Statthaftigkeit der condictio certae pecuniae creditae verneint, nicht die condictio certae pecuniae schlechthin. Jene condictio certae pecuniae creditae allein nämlich hat die sponsio und restipulatio tertiae partis — Gaj. IV. 13. 171. —; als credita pecunia in diesem Sinne könnte aber sehr wohl nur solche pecunia gelten, welche data (adnumerata), expensa lata, stipulata ist. Cic. pro Rosc. Com. IV. 13. V. 14. vgl. Gaj. III. 124. l. 50. pr. D. de donat. i. v. e u. 24, 1. (Javolen.) s. v. Keller c. l. Note 1098. v. Savigny, Syst. Bd. V. Beil. 13. Nro. 11. p. 480 ff. — Diese Bemerkung beruht auf einer Mittheilung des Herrn Professors Hartmann.

1) l. 2. D. h. t. (Julian.)
2) l. 3. (Pomponius.)
3) l. 5. und
4) l. 8. (Gajus.)
5) l. 13. (Labeo.)
6) l. 14. und
7) l. 15. eod. (Javolenus.)

Außerdem könnte man hierher rechnen:

8) l. 4. cit. (Neratius und Pomponius.) und
9) l. 10. §. 3. eod. (Julian.)

Von den beiden letzten (8. u. 9.) haben wir so eben gesprochen. Nicht minder ist bereits oben in §. 10. nachgewiesen, daß l. 2. h. t. (1.) höchst wahrscheinlich ursprünglich nur von judicia bonae fidei handle; und in §. 13. von l. 13. (5.), daß sie vermuthlich auf die Klage des argentarius oder des bonorum emptor oder auf beide zu beziehen sei.

Was nun zunächst l. 3. (2.) anbetrifft — Ideo compensatio necessaria est, quia interest nostra potius non solvere, quam solutum repetere —, so wird die Behauptung gewiß keinen Anstoß finden, daß auch sie im Munde des Pomponius nur auf bonae fidei actiones Bezug gehabt haben könne, so allgemein sie jetzt zu lauten scheint.

L. 14. (6.) — Quaecunque per exceptionem perimi possunt, in compensationem non veniunt — könnte vom Falle des bonorum emptor oder des argentarius oder von beiden gesprochen haben.

L. 15. (7.) — Pecuniam certo loco a Titio dari stipulatus sum: si petit a me, quam ei debeo, pecuniam: Quaero, an hoc quoque pensandum sit, quanti mea interfuit, certo loco dari? Respondit: Si Titius petit, eam quoque pecuniam, quam certo loco promisit, in compensationem deduci oportet: sed cum sua caussa, id est: ut ratio habeatur, quanti Titii interfuerit, eo loco, quo convenerit, pecuniam dari — scheint in der Zusammenstellung der beiden Präsentia petit und in compensationem deduci oportet cum sua caussa darauf hinzuweisen, daß das petere, i. e. litem contestari [22]), und das deducere etc. gleichzeitig geschehe, d. h. daß die Compensation in der Formel er-

[22]) s. oben §. 6. Note 6.

wähnt werde. Es ergiebt sich jedoch ohne weiteres, daß an den Fall des bonorum emptor umdeswillen nicht gedacht werden kann, da es der Promittent Titius selbst ist, welcher klagt; und so bleibt schwerlich eine andre Beziehung als auf die Klage des argentarius. Und mit einem solchen wird in der That die Stipulation: certo loco pecuniam dari besonders häufig abgeschlossen worden sein.

L. 8. (4.) — In compensationem etiam id deducitur, quo nomine cum actore lis contestata est: ne diligentior quisque deterioris conditionis habeatur, si compensatio ei denegetur — scheint von einer solchen Form der processualischen Verwirklichung der Compensation zu reden, bei welcher der Magistrat mitwirkt. Denn denegare ist technischer Ausdruck für die Thätigkeit des eine begehrte Formel abschlagenden Prätors [23]). Es ließe sich dies freilich auch von der Verweigerung der doli exceptio sagen, vermittels deren später die Compensation oft durchgesetzt werden muste. Allein ganz vortrefflich past es auch sowohl zur actio cum compensatione, als zur deductio, die dem bonorum emptor opponirt wird. Und am inhaltsreichsten dürfte das deterior conditio erscheinen, wenn man die letzte Möglichkeit annimmt. Würde hier die Compensation dem Gläubiger versagt, der bereits mit dem bonorum emptor litem contestirt hat: so würde er nur seinen bedungenen Procentsatz bekommen; andernfalls vielleicht den ganzen Betrag seiner Forderung. Bezieht man die Stelle auf den argentarius, so geht das deterior conditio, wie jedenfalls im gegenwärtigen Sinne der l. 8. auf die thatsächlichen Unannehmlichkeiten, welche durch die Compensation vermieden werden würden, namentlich die Gefahr einer etwaigen Insolvenz des zuerst verklagten, nunmehr auch seinerseits klagenden Schuldners.

Endlich l. 5. (3.), wie l. 8. aus dem 9. Buche des Gajus zum Provincialedicte, ließe sich zur Noth von der Klage des argentarius verstehen. — Si quid a fidejussore petatur, aequissimum est, eligere fidejussorem, quod ipsi, an quod reo debetur, compensare malit: sed et si utrumque velit compensare, audiendus est. — Indessen scheint mir das nicht gerade nothwendig. Es wäre sehr denkbar, daß Gajus, der noch gegen Ende

---

[23]) s. Brisson. sub h. v. vgl. oben §. 6. p. 41.

der Regierungszeit des Kaisers Marcus Aurelius in schriftstellerischer Thätigkeit lebte [24]), erst nach dessen die Compensation ausdehnender Constitution seine Commentare zum Provincialedicte verfaßt oder wenigstens in diejenige Gestalt gebracht hätte, welcher die uns überlieferten Bruchstücke jenes Werkes angehören [25]).

Wenn danach keine Beweise wider die Richtigkeit unserer Behauptung vorliegen, so mag zum Schlusse dieser Untersuchung noch auf den bereits oben benutzten positiven Beweis dafür hingewiesen werden. Es ist dies Theophilus ad §. 30. J. de act. 4, 6., dessen Worte Reitz so übertragen hat:

In strictis autem (sc. judiciis), quia ipsius rigoris habetur ratio, si quis adversus me agens forte de solidis decem, etsi invicem quinque debet, nihilominus in decem condemnabor. Atque haec quantum ex ipso rigore: sed facta est constitutio Marci imperatoris, quae ait, me stricta actione conventum de solidis decem, quum mihi deberentur quinque, posse actioni opponere exceptionem doli: atque hac opposita exceptione, judici occasio datur admittendi compensationem et in solos quinque solidos condemnandi.

§. 20.

III. Die Neuerung des Marcus Aurelius.

a. im ganzen.

Anfangs beruhete, wie wir gesehen haben, die zwangsweise Compensation auf der Anschauung, daß diejenigen, welche ein

---

[24]) Er schrieb ein eigenes Werk über das Sc. Orphitianum — l. 9. D. ad Sc. Tertyll. 38, 17. —, welches im Jahre 178., also etwa zwei Jahre vor dem Tode des M. Aurelius (regierte 161—180. p Ch. n.) erlassen ist. s. Schrader ad pr. J. de Sc. Orphit. 3, 4.

[25]) Ein Gegenbeweis dürfte wohl schwerlich darin gefunden werden, daß in l. 11. §. 1. D. de jurisd. 2, 1. aus dem 1. Buche und in l. 42 D. de donat. i. v. e. u. 24, 1. aus dem 11. Buche jener Commentare des Kaisers Antoninus Pius Erwähnung geschieht, ohne einen Zusatz, welcher denselben als einen Verstorbenen bezeichnete. — Krug, Die Lehre von der Comp. p. 43, macht, freilich in andrer Absicht, die Bemerkung, es sei aus der l. 5, als aus dem edictum provinciale, kein historischer Schluß auf das damals geltende Römerrecht zu machen.

negotium bonae fidei abgeschlossen, gewissermaßen selbstverständlich den natürlichen Vortheil derselben sich gegenseitig versprochen hätten. Man betrachtete die Gestattung der Compensation als eine positive Vorschrift der bona fides, keinesweges als etwas, dessen Gegentheil dolus sei.

Indessen erweiterte sich mit den Fortschritten der Jurisprudenz auch der Inbegriff dessen, was man als dolus ansah. So gelangte man dahin, auch die Nichtgestattung des natürlichen Vortheils der Compensation als dolus zu charakterisiren, indem dieselbe entweder geradezu als Aeußerung der Absicht den andern zu übervortheilen, oder aber wenigstens als Chicane sich darstellte. Das Erstere insofern, als der Kläger vom Beklagten volle Bezahlung beitrieb, während er wuste, daß der Beklagte bei seiner, des Klägers, eigner Insolvenz höchstens einen Theil seiner Gegenforderung erhalten würde. Das Letztere insofern, als dadurch jedenfalls zwecklose Weitläufigkeiten im Hin- und Herzahlen veranlast wurden.

Dabei machte es augenscheinlich keinen Unterschied, ob Forderung und Gegenforderung aus demselben Geschäfte oder aus verschiedenen formell und materiell von einander unabhängigen Geschäften entsprungen waren [1]).

Diese Anschauung über die rechtliche Nothwendigkeit der Compensation gelangte zur Herrschaft infolge eines Rescriptes vom Kaiser Marcus Aurelius. Ob dieselbe schon längere Zeit wissenschaftlich vorbereitet war, wissen wir nicht; denkbar wäre es. Allein denkbar nicht minder, daß jenes Rescript durch einen besonders bemerkenswerthen Fall hervorgerufen, den bei dessen Besonderheiten in die Augen springenden Gedanken zum ersten

---

[1]) vgl. W. Th. Kraut, de argentariis et nummulariis comm. Gott. 1826. c. XII. p. 123 ff. — verba „ex eadem caussa“ non ad externam obligationis formam, sed potius ad ipsam negotii naturam spectare credo. Id autem tam in stricti juris quam in b. f. judiciis bilaterale esse potest. — Qui putant, ante constitutionem (D. sc. Marci) in str. jur. judiciis compensationem ideo non locum habuisse, quia obligationes in iis versantes plerumque unilaterales essent, necessario et M. Aurelium illa constitutione etiam ex dispari caussa compensari posse, quamvis in omnibus antiquae jurisprudentiae locis mutationis tam gravis momenti ne vestigium quidem invenitur, sanxisse accipere necesse est.

Male als leitenden Gedanken der Compensation überhaupt hingestellt und zur Anwendung gebracht hätte.

Jedenfalls haben wir nicht einmal eine Andeutung, daß bereits vor Marcus Aurelius die Compensation mittels einer exceptio doli, auf die eine oder die andere Weise, erzwungen; daß nur einmal in judicia stricti juris und, abgesehen immer vom argentarius und bonorum emptor, mit einer nichtconnexen Forderung compensirt worden sei. Gajus, der seine Institutionen unter der Regierung des M. Aurelius geschrieben hat [2]), erwähnt nur der Compensation ex eadem causa [3]), obwohl er ziemlich ausführlich von der Compensation handelt. Sed et in stricti juris judiciis ex rescripto D. Marci, opposita [4]) doli mali exceptione, compensatio inducebatur — sagt §. 30. J. de actionibus 4, 6. Und noch deutlicher scheint die Paraphrase des Theophilus ad h. l. [5]) es auszudrücken, daß vor Marcus Aurelius bei actiones stricti juris die Compensation nicht statthatte.

Ueber die Art, in welcher die, durch diesen Kaiser zur Verwirklichung der Compensation gegebene, exceptio doli wirksam gewesen ist, haben wir bereits im §. 12. das Nöthige erfahren.

Exceptione doli formulae inserta indessen wird nur in judicia stricti juris, in civilen Delictsklagen und etwa bei in factum actiones compensirt worden sein; für actiones bonae fidei galt schon vor M. Aurelius der Satz: exceptio doli bonae fidei judiciis inest [6]), und ich erblicke keinen Grund hier eine

---

2) s. Puchta Instit. Bd. I. §. 99. Note bb.

3) Gaj. IV. 61.

4) Die bei Schrader ad h. l. angegebene Lesart des Fr. Hotomannus: apposita statt opposita beruht wohl auf einem Druckfehler der Ausgabe von dessen Comm. in 4. libr. Inst. Basil. 1560. und ebenso des besondern Abdrucks des Titels de actionibus in de actionibus tractatus. Tom. II. Lugd. 1568. Denn diese haben zwar im Texte apposita, in der Erklärung jedoch, ohne der Abweichung zu gedenken: opposita; — und die Ausg. der Comm. Lugd. 1588. und ebenso Opp. Tom. 2. (s. l.) 1599. haben auch im Texte opposita. — Dagegen hat M. Wesenbecius Comm. in Inst. jur. libr. IV. Basil. 1576. in §. 26. (§. 30.) J. de act. 4, 6. sowohl im Texte als in Note d. apposita.

5) s. dieselbe §. 19. a. E. und oben §. 10.

6) l. 84. §. 5. D. de legat. I. (Julian.) l. 3. D. de rescind. vend. 18, 5. (Paull., der Julian citirt.) l. 21. D. solut. matr. 24, 3. (Ulpian., der Celsus citirt.)

Abweichung von dem praktischen Ergebnisse dieser Regel anzunehmen. —

Und damit wäre über die Aenderung des M. Aurelius im ganzen genug gesagt, die wir lediglich aus der Notiz Justinians in den Institutionen kennen [7]). Hinzuzufügen bleibt etwa noch, daß das Verhältniß dieser Notiz zu manchen der am Ende des vorigen §. von uns besprochenen Aeußerungen von Juristen vor M. Aurelius bis zur Auffindung des echten Gajus den Interpreten unklar bleiben muste. Sie versuchten den scheinbaren Widerspruch jener Aeußerungen mit dem §. 30. J. durch die Annahme zu lösen, daß es schon vor M. Aurelius streitig gewesen, ob die Compensation auch bei actiones stricti juris ope exceptionis oder ipso jure wirke; daß M. Aurelius zwar sich für das Erstere, nichtsdestoweniger aber später die Juristen sich für die Wirksamkeit ipso jure entschieden hätten, und daß diese Ansicht dann die herrschende geworden sei [8]). Allein, da wir nunmehr jene Aeußerungen von der actio cum compensatione des argentarius oder der actio cum deductione des bonorum emptor verstehen können, so ist für uns in der That kein Grund einen solchen Widerspruch anzunehmen, dessen Lösung durch kaiserliches Rescript denn wahrscheinlich auch in gerade entgegengesetztem Sinne ausgefallen sein würde.

---

[7]) Allenfalls wäre in dem compensatio denegetur der l. 8. D. h. t. (Gaj.) eine leise Spur der doli exceptio zu ahnen. s. § 19. p 191.

[8]) s. z. B. Donell. ad tit. J. de act. §. XXI. ad §. 30. Nro. 5. — Comm. de jure civ. lib. XVI. c. 15. Nro. 38. — G. Noodt ad lib 16. tit. 2. Dig. (Opp. Lugd. Batav. 1724. Tom. 2.) — dicitur imp. D. Marcus, de jure consultus pro more illorum temporum, rescripsisse magis quod tutius (sic mihi videtur) quam quod verius esset, compensationem in judiciis str. jur. fieri opposita exceptione doli mali. Caeterum ut alibi saepius itum a jureconsultis fuit adversus principum rescripta et decreta: ita in praesenti contraria praevaluit sententia: omnibus ICtis tandem in fori disputatione uno ore consentientibus (sic accipio Paullum in l. 21. D.) actiones omnes tam stricti juris quam b. f. compensatione, tanquam genere solutionis, ipso jure tolli. u. s. w.

§. 21.

b. Erklärung von l. 10. pr. D. de compensationibus.

Wenn so eben bemerkt worden ist, daß die Auffassung der Compensation aus einem neuen Gesichtspuncte deren Anwendung auch bei judicia bonae fidei insofern erweitert habe, als nunmehr bei denselben auch nichtconnexe Gegenforderungen compensirt worden seien, so bleibt noch eine Bemerkung hinzuzufügen, aus der sich vielleicht l. 10. pr. D. h. t. am passendsten erklärt.

(Ulpian.) Si ambo socii parem negligentiam societati adhibuimus, dicendum est, desinere nos invicem esse obligatos ipso jure compensatione negligentiae facta. Simili modo probatur, si alter ex re communi aliquid percepit, alter tantam negligentiam exhibuerit, quae eadem quantitate aestimatur, compensationem factam videri et ipso jure invicem liberationem.

Wir haben in §. 19. gesehen, daß schon früh in judicia bonae fidei die Compensation connexer Gegenforderungen und zwar umdeswillen zugelassen wurde, weil man annahm, daß die Parteien bei der Eingehung einer obligatio b. f. sich gegenseitig die Gewährung der grösten Billigkeit für das zubegründende Verhältniß versprechen. Hieran festhaltend, sieht man leicht, daß danach ex fide bona die Compensation nur gegenüber vertragsmäßig begründeten Ansprüchen, nicht aber gegenüber denjenigen Ansprüchen statthaben kann, welche aus der Vertragsverlezzung für den verletzten Theil entspringen [1]). Man gab deshalb zwar dem durch die negligentia des andern verletzten socius gegenüber der actio pro socio des erstern auf Erfüllung von Vertragspflichten die Compensation wegen der Verletzung; nicht aber umgekehrt dem socius negligens die Compensation wegen seiner Contractsansprüche gegenüber der auf seine negligentia gebaueten actio pro socio des verletzten socius. Und ebensowenig natürlich gestattete man gegenüber der actio pro socio des einen socius auf Ersatz des durch die negligentia des andern angerichteten Schadens diesem die Compensation mit der seinerseits durch die negligentia des Klägers begründeten Forderung auf Schadensersatz.

Als man aber später die Zulassung der Compensation nicht

---

[1]) Donell. Comm. jur. civ. lib 16. c. 15. Nro. 5.

mehr blos auf die gegenseitig vertragsmäßig geschuldete bona fides bauete, sondern selbst von einander unabhängige Forderungen compensando nicht tilgen zu wollen für dolos erklärte: da war auch kein Grund mehr vorhanden in den besprochenen Fällen die Compensation auszuschließen. Und während in judicia stricti juris damals noch exceptione doli compensirt wurde, fand man in jenen Fällen, geradeso wie in den Fällen nichtconnexer Gegenforderungen, die Ausschließung dieses dolus durch die in der Formel der actio pro socio enthaltenen Worte: ex fide bona geboten. In diesem Gegensatze der Form bei materiell gleichen Voraussetzungen lag die Veranlassung die Form besonders herauszuheben [2]). Freilich ist diese Veranlassung mit der allgemeinen Gültigkeit derselben Form hinweggefallen; allein erstens wäre es denkbar, daß Ulpian seinen Edictscommentar, aus dem unsere l. 10. ist, vor der Verallgemeinerung dieser Form geschrieben hat; und selbst das Gegentheil angenommen, hätte es zweitens nichts Befremdendes, wenn die Erwähnung der Form, welche allerdings nicht nothwendig gewesen wäre, von ihm etwa aus dem Julian oder einem andern ältern Schriftsteller, den Ulpian vor sich hatte, in sein Werk mithinübergenommen worden sein sollte.

Nun erklärt sich auch ganz vortrefflich die Verbindung des §. 1. — Si quis igitur compensare potens solverit, condicere poterit, quasi indebito soluto — mit dem pr. unsrer Stelle. Früher hatte in den angeführten Fällen nicht compensirt werden können; folglich hatte der Zahlende non condictionem quasi indebiti soluti, sed sui crediti petitionem [3]). Die Aenderung, welche infolge der weiteren Zulassung der Compensation auch hierin eintreten muste, machte eine desfallsige Bemerkung unter jeder Voraussetzung zweckmäßig, fast unvermeidlich aber, wenn früher an derselben Stelle etwa der damals geltende Satz gestanden hatte, den wir eben angeführt haben [4]).

---

[2]) Vielleicht gewinnt meine Behauptung noch an Wahrscheinlichkeit durch die Bemerkung, daß im zweiten Falle die Verbindung des ipso jure mit invicem liberationem factam arg. a contr. schließen lasse, es sei früher die Compensation nur auf Einer Seite zugelassen. Doch will ich hierauf kein zu großes Gewicht legen.

[3]) l. 30. D. de cond. ind. 12, 6. (Ulp. lib. 10. disput.)

[4]) Ein Grund, mit Brinz §. 39. Note 15. p. 123. anzunehmen, daß

Zu erwähnen bleibt noch der Zweifel, den der zweimal wiederholte Ausdruck des pr. l. 10. erregen könnte: compensatio facta.

Schon die Glosse hat aus demselben, indem sie das erste ipso jure zu dem ersten compensatione facta zog, wenngleich zweifelnd den Schluß gezogen, compensationem in maleficiis ipso jure fieri, sc. a lege [5]). Dagegen hat es freilich gleich anfangs nicht an widersprechenden Ansichten solcher gefehlt, die auch hier ein Berufen des Berechtigten auf die Gegenforderung zum Eintritte der Compensation verlangten. Namentlich mag aus späterer Zeit noch Anton Faber [6]) genannt werden. In der neuen Zeit indessen hat man die Ansicht, daß die Compensation von selbst geschehe, gerade auf unsere Stelle vorzüglich gebaut [7]). Ich glaube, daß dies keinesweges aus derselben gefolgert zu werden braucht.

---

zwischen dem jetzigen pr. l. c. und unserm §. 1. früher etwas Anderes gestanden habe, worauf sich dieser §. bezogen, scheint mir nicht vorzuliegen. Es wäre freilich denkbar, daß bei der Ausmerzung jenes Andern die Compilatoren nachlässigerweise das igitur des §. 1. stehen gelassen hätten; allein wozu ihnen eine solche Nachlässigkeit aufbürden, wo es nicht nöthig ist? — Wenn aber Brinz c. l. bemerkt, daß Gegenforderungen ex eodem b. f. negotio das jus pensationis immerhin zugestanden habe, und daher §. 30. cit. de cond. ind. nicht auch auf solche zu beziehen sei: so ist das wohl petitio principii. In den Ausdrücken jener l. creditor und debitor, crediti petitio kann ich keinen Hinweis auf strengrechtliche Forderungen erblicken. — Für den ursprünglichen Zusammenhang des §. 1. mit dem pr. der l. 10. scheint mir namentlich auch der Fortgang der Stelle zu sprechen, worin ganz folgerecht von Obligationen gehandelt wird, welche aus Delicten entstehen, nachdem zuvor von der Modification bestehender Obligationen durch Delict geredet worden ist.

5) s. auch Gl. ad l 5. D. h. t. u. s. w.

6) Ration. ad Pand. ad h. l. Decis. — Quod Accursius noster sic intelligit, ut nec ab homine compensationem hanc objici necesse sit, quasi satis sit opponi eam et fieri a lege in maleficiis Ego tamen, quum neque maleficiorum obligatio privilegium hoc mereri possit, neque in tota hac lege verbum ullum sit, ex quo appareat, hoc casu non esse objiciendam ab homine, quamvis dicat Ulpianus fieri eam ipso jure. Idem enim est in specie legis 4. et 5. supra, ubi tamen diximus, necessariam esse opponi ab homine compensationem, ut ipso jure per legem facta esse intelligatur.

7) s. Hasse c. l. p. 163. Bethmann-Hollweg c. l. p. 271. Note 11. besonders ausdrücklich Krug, §. 24. p. 67 f.

Was das compensatione negligentiae facta anbetrifft, so scheint es mir ziemlich gleichgültig zu sein, ob man, das Komma vor oder nach dem ipso jure setzend, dieses mit der Glosse zu dem compensatione facta, oder zu dem desinere nos invicem esse obligatos zieht. Denn auch wenn man liest: ipso jure compensatione facta, so ist es ja gar nicht nothwendig zu übersetzen: wir hören auf einander verpflichtet zu sein, weil die Compensation von selbst geschehen ist; — sondern es ist völlig ebenso zulässig zu sagen: wir hören auf einander verpflichtet zu sein, nachdem wir compensirt haben, wozu es einer exceptio nicht bedarf. Ja, wenn Ulpian dies sagen wollte, so konnte er sich nicht logischer ausdrücken, als er gethan hat. Denn die geschehene, nicht schon die mögliche, Compensation ist der Grund der gegenseitigen Befreiung [8]). Und es ist wohl ohne weiteres

---

[8]) Damit steht in der That im besten Einklange die scheinbar widersprechende l. 66. D. de R. J. 50, 17. (Julian.) Marcellus: desinit debitor esse, qui nactus est exceptionem justam, nec ab aequitate naturali abhorrentem. Es folgt dies aus einem, vielleicht nicht unpraktischen, Unterschiede der zur Vertheidigung benutzten Rechtsgründe. Während nämlich die Mehrzahl derselben nur zur Vertheidigung führen kann, daher ihre ganze Bedeutung nur in dem Bezuge auf ein gegenüberstehendes Angriffsrecht besteht, dessen Dasein, wie es ihre nothwendige Voraussetzung ist, sofort durch ihren Eintritt modificirt oder aufgehoben wird; giebt es andere Rechtsgründe, die zwar auch zur Vertheidigung, aber auch anders benutzt werden können, und deren praktische Bedeutung daher einerseits durch das Dasein eines gegenüberstehenden Angriffsrechtes nicht bedingt ist, anderseits aber auch nicht darin beruht ein solches, wo es etwa vorhanden sein sollte, durch ihre bloße Existenz zu modificiren oder aufzuheben. Zur erstern Classe gehört z. B. das pactum de non petendo. Ein solches hat gar keinen Sinn, wenn es sich nicht auf einen bestimmten Anspruch bezieht; und ist es abgeschlossen, so ist dieser Anspruch nothwendig und ohne weiteres modificirt. Zur andern Classe gehört die Gegenforderung, die auch ohne Rücksicht auf die Forderung des andern eine unleugbare Bedeutung hat, selbst wenn sie nur naturalis obligatio sein sollte. Mit ihrer Existenz ist zwar dem Schuldner das Recht, d. h. die Möglichkeit gegeben sich compensando oder retinendo zu vertheidigen, allein bis zum Gebrauche dieser Möglichkeit haben die Gegenforderungen noch gar keinen modificirenden Bezug auf einander. Nicht schon qui nactus est invicem obligationem, ipso jure desinit debitor esse; sondern erst facta compensatione. — Die praktische Bedeutung dieses Unterschiedes dürfte hervortreten im Verhältnisse des Bürgen zu den Vertheidigungsmitteln des Hauptschuldners. Wenn der Hauptschuldner ein pactum de non petendo in rem abgeschlossen hat: so ist nun auch die Obli-

klar, daß diese Auffassung allein mit dem übrigen Inhalte der Quellen zusammenstimmt [9]. — Hinsichtlich der zweiten Hälfte unserer Stelle kömmt es darauf an dem videri den richtigen Sinn zu geben [10]. Ulpian hat hier das richterliche Urtheil im

gation des Bürgen, soweit demselben dies pactum nützt, dadurch sofort modificirt worden. Schließt daher der Hauptschuldner später ein pactum de petendo: so schadet das dem Bürgen nicht. Denn der letztere hat sich nur zu demjenigen verpflichtet, was der Hauptschuldner anfangs schuldete; dessen Schuld ist aber durch das erste pactum, ganz oder zum Theil, aufgehoben; die neue Verbindlichkeit aber, welche die schon abgethane Obligation durch das zweite pactum erhalten hat, hat der Bürge nicht übernommen. Dies sagt ganz zweifellos l. 62. D. de pact. 2, 14. (Ueber die Vereinigung dieser Stelle mit l. 27. §. 2. eod. s. v. Vangerow, Lehrb. Bd. 3. §. 578. Anm. 2. II. p. 154 f.) — Wenn dagegen der Hauptschuldner eine Gegenforderung hat, deren wegen er compensiren kann: so ist dadurch die Obligation des Bürgen noch nicht wirklich modificirt, sondern nur erst die Möglichkeit einer Modification begründet. Nimmt jetzt der Hauptschuldner Zahlung an: so wird dadurch nicht eine bereits modificirte oder aufgehobene Obligation erneuert, sondern eine ununterbrochen fortbestehende Obligation von der Möglichkeit einer Modification oder Aufhebung befreiet. Und die Folge davon ist, daß auch der Bürge sich nicht mehr mit der Gegenforderung vertheidigen darf. Bei der Retention bezweifelt dies gewiß niemand; und weshalb es bei der Compensation anders sein soll, dafür sehe ich keinen Grund, falls nicht etwa der Bürge mit ausgesprochener Rücksicht auf die compensabele Gegenforderung des Hauptschuldners intercedirt ist, in welchem Falle eigentlich seine ganze Obligation von vornherein nur auf den um den Betrag dieser Gegenforderung verminderten Betrag der andern Forderung ging; oder falls nicht, wo das nämlich denkbar sein sollte, der Gläubiger bei der Zahlung seiner Schuld an den Hauptschuldner dolos gegen den Bürgen gehandelt hat. Auch wenn der Hauptschuldner auf die Compensation verzichtet, kann, mit den gleichen Ausnahmen, der Bürge sich nicht mehr auf die Gegenforderung berufen. Er hat mit der Gegenforderung noch gar kein jus quaesitum, sondern eine bloße spes defensionis. Vielleicht ist es dies, was in Beziehung auf die hereditatis petitio (s. unten §. 27.) Papinian in l. 95. §. 8. D. de solut. 46, 3. sagen will. vgl. Dernburg p. 356 f. — Titii juris privati rom.-german. lib. 12. lib. 5. c. 13. §. 38. vgl. Dernburg §. 42. p. 407. — Der, sehr bestrittene — s. oben §. 1. Note 2. —, Inhalt dieser ganzen Bemerkung beruht übrigens auf einer gelegentlichen Mittheilung meines Bruders.

[9] vgl. Brinz, die Lehre. §. 9. p. 32 ff.

[10] Krug c. l. p. 68 übersetzt dies: „es werde so angesehen, als ob“ u. s. w.; und damit stimmt sehr ausdrücklich Fuhr (Schäffers Arch. c. l. p. 129 f.) überein, der sogar in dem dicendum est im ersten Theile der Stelle angedeutet findet, daß Ulpian davor warne, die von selbst mit der Existenz der Gegen-

Auge, welches über den vorliegenden Fall gesprochen werden müßte. Er sagt nicht: Simili modo compensatio facta est, auch nicht: facta videtur; sondern: Simili modo probatur — compensationem factam videri et ipso jure invicem liberationem. Videri ist der technische Ausdruck für den Inhalt eines richterlichen Urtheils [11]).

Und nun haben wir zugleich einen neuen Grund für die Betonung des ipso jure. Denn es ist gewiß natürlich, daß der Richter in den Entscheidungsgründen sich auch darüber ausläßt, ob die Vertheidigungsmomente in der nöthigen Form vorgebracht sind, selbst wenn diese Form theoretisch nicht den allergeringsten Zweifeln unterworfen wäre. —

Schließlich indessen will ich bemerken, daß, selbst wenn das doppelte ipso jure nach meiner Auffassung desselben ohne Nachtheil aus unsrer Stelle wegbleiben könnte, in seiner Ueberflüssigkeit noch kein Grund liegen würde meine Auffassung zu verwerfen. Denn in ähnlicher Weise kömmt ipso jure auch sonst zweifellos in den Quellen vor [12]).

---

forderungen eintretende Compensation nicht als wirklich und durchgreifend so, wie die Worte es wohl sagten, aufzufassen, vielmehr lehre, es handle sich um die Vorstellung des Verlaufes eines juristischen Vorganges. Auf dem richtigen Wege zum Verständniß der Worte ist, wie ich glaube, Brinz gewesen. Die Lehre. p. 35 f. Seine Darstellung aber ist hier sehr schwer zu fassen.

[11]) s. Schrader ad §. 1. J. de off. jud. 4, 17. Note videbitur und die dort cit. l. 27. §. 1. D. de liberali caussa. 40, 12. l. 21. §. 1. D. de recept. qui arb. 4, 8. Brisson. Sel. antiqq. 2. 2. und die dort cit. l. 20. D. de his, qui not. 3, 2. l. 3. D. de his, quae in test. delent. 28, 4. — l. 44. §. 1. D. sol. matr. 24, 3. l. 14. §. 1. D. de per. et comm. 18, 6. u. s. w. Die Richtigkeit dieser Auffassung wird gewissermaßen arg. de contr. bestätigt durch die Darstellung der Basiliken, in der mit der Hindeutung auf die Sentenz jegliche Spur einer geschehenen Compensation weggefallen ist. Bas. 24. 10, 10. *Ἐὰν οἱ κοινωνοὶ ὁμοίως ἀμελήσωσιν ἐν τῇ κοινωνίᾳ, συμψηφισμὸς γίνεται, ὥςπερ εἰ εἷς μὲν ἐκ τῆς κοινωνίας ἔλαβεν, ὁ δὲ ἄλλος τοσοῦτον αὐτὴν ῥαθυμήσας ἐζημίωσεν.*

[12]) s. z. B. l. 3. §. 3. D. pro socio 17, 2. l. 72. D. de solut. 46, 4. u. s. w. vgl. Dernburg p. 307. 325.

§. 22.

IV. Die weitere Entwickelung unter den Severen.

a. Erklärung von l. 4. Cod. h. t.

Hatte man ursprünglich die Compensation als eine Vorschrift der bona fides, hernach als ein der Retention ganz ähnliches Mittel betrachtet, das auf Erfüllung gerichtete Begehren des Gläubigers als ein unbilliges solange zurückzuweisen, bis er selber zuvor uns seine Schuld entrichtet habe; so gelangte man bald zu einer neuen Anschauung. Wenn man die Wirkung der Compensation mit derjenigen der Retention verglich, so konnte man sich einen erheblichen Unterschied beider nicht verbergen. Das freilich war beiden gemeinsam, daß der belangte Schuldner nicht zu leisten brauchte. Aber während er durch die Retention immer nur von seiner Leistung befreiet wurde, dagegen nie dasjenige erhielt, was er zu fordern hatte; trat bei der Compensation untrennbar verbunden der Erfolg der Befreiung und der Erfolg den Gegenstand der eignen Forderung zu haben wenigstens in dem Falle ein, wo der beklagte Schuldner die Zahlungsmittel bereits inhändenhatte. Und das Gleiche galt auffeiten des vermöge des Retentions- und des vermöge des Compensationseinwandes zurückgeschlagenen Klägers. Ja, selbst in dem Falle, wo der durch Compensation befreiete Schuldner die Zahlungsmittel noch gar nicht gehabt hatte, kam der Erfolg der Compensation mit dem Erfolge von Empfang der eignen Forderung und Zahlung der gleichartigen Schuld völlig überein, vorausgesetzt, daß man den Empfang als der Zahlung vorausgegangen, als schließliches Ergebniß beider Acte zusammen also das ansah, daß der bezahlte und befreiete Schuldner nichts hatte [1]). Jedenfalls aber

---

[1]) Nur insofern ist es ganz richtig, daß es jedem Theile gleichgültig sein muß, ob er wirklich Zahlung dessen empfängt, was er sofort zurückgiebt, oder aber ob mit ihm compensirt wird. Sieht man aber von der sofortigen Rückgabe ab, so wird es allerdings nicht gleichgültig sein, ob man Zahlung erhält, deren Gegenstand man zu sehr verschiedenen Zwecken und möglicherweise sehr viel vortheilhafter verwenden kann als zur Zahlung der Gegenverbindlichkeit, oder aber ob compensirt wird. — Nichtsdestoweniger möchte sich die bekannte Definition der Compensation, wonach sie eine wechselseitige Zahlung quasi

hat man in der Compensation einen Act, der, ganz im Gegensatze zur Retention, beiden Theilen insofern wirkliche Befriedigung für ihre Forderungen verschafft, als beide dadurch von ihren gegenseitigen Verbindlichkeiten befreiet werden; denn, wer von einer Schuld befreit ist, dessen Vermögen gilt als um den Betrag dieser Schuld vermehrt [2]). Liegt nun aber das eigentlich Charakteristische der Zahlung in der Befriedigung des Gläubigers [3]): so kann man jedes Mittel, wodurch der Gläubiger um den Inhalt seiner Forderung bereichert wird, also Befriedigung erhält, insoweit mit der Zahlung vergleichen: folglich auch die Compensation.

Diese oder eine ähnliche Betrachtungsweise wird es gewesen sein, was die Römer veranlast hat, die processualische Geltendmachung einer Gegenforderung behufs der Compensation in derselben Form eintreten zu lassen, in welcher von jeher die eigentliche Zahlung überall geltendgemacht worden war. D. h. es sollte von nun an nirgend mehr bei obligatorischen Klagen einer exceptio bedürfen, um sich mit dem Berufen auf eine compensa-

---

brevi manu facta sein soll (eine Definition, die übrigens nicht erst von G. Noodt († 1725) ad Dig. lib. 16. tit. 2. herrührt — vgl. Krug §. 2. p. 6. Dernburg §. 39. p. 370. v. Vangerow §. 618. Anm. 1. sub I. —, sondern sich schon bei Donellus findet. Comm. de jure civ. l. 16. c. 15. Nro. 38. — At compensatio pro solutione est ipso jure —: quia et ipsa numerationem quandam brevi manu continet.), leichter rechtfertigen lassen, als Dernburg p. 370 f. annimmt; namentlich dürften Noodts Worte: „juris interpretatione" bestimmt genug darauf hinweisen, daß er nur eine Fiction im Auge habe. Bei der traditio brevi manu bedarf es keiner gesetzlichen Fiction. Folglich kann wenigstens Noodt der Vorwurf nicht treffen, er habe behauptet: Compensation verhalte sich zur Zahlung, wie sich die brevi manu traditio zur Tradition stelle. — Man will mit jenem Ausdrucke keineswegs sagen, die Compensation sei eine Abart der Zahlung; sondern nur, die Compensation sei insofern der wechselseitigen Zahlung zu vergleichen, als sie beide Theile befriedige. — s. auch v. Vangerow. c. l. —

[2]) l. 66. D. de solut. 46, 3. (Pompon.) l. 50. D. de donat. i. v. e. u. 24, 1. (Javolen.) l. 2. D. de calumn. 3, 6. (Paull.) l. 15. D. de in rem verso. 15, 3.

[3]) l. 176. D. de V. S. 50, 16. (Ulp.) Solutionis verbo satisfactionem quoque omnem accipiendam placet: solvere dicimus eum, qui fecit, quod facere promisit. l. 52. D. de solut. (Id.) Satisfactio pro solutione est. — vgl. oben §. 11. Note 6.

dele Gegenforderung zu vertheidigen: die Compensation sollte ipso jure vor sich gehen.

War man, ausgehend von der Aehnlichkeit unter den Wirkungen der Zahlung und der Compensation, zu diesem Ergebnisse gelangt: so hatte man jetzt in der Gleichheit der processualischen Geltendmachung beider einen neuen Vergleichungspunct zwischen beiden gewonnen. Und während der eine auf einem juristischen Raisonnement beruhete, fiel der andre als ein formeller Punct sofort ins Auge. Wie natürlich also, daß gerade dieser Punct besonders hervorgehoben wurde.

So findet es sich in der l. 4. Cod. h. t.

(Alexander Luciano.) Si constat pecuniam invicem deberi: ipso jure pro soluto compensationem haberi oportet ex eo tempore, ex quo ab utraque parte debetur, utique quoad concurrentes quantitates, ejusque solius, quod amplius apud alterum est, usurae debentur; si modo petitio earum subsistit. —

Dies ist im Folgenden noch weiter zu begründen.

Die gewöhnliche Erklärung der Stelle, wonach dieselbe den Hauptbeweis für die Ansicht ausmacht, daß unser Satz die vis retrotractiva der Compensation bezeichne, ist schon oben §. 5. widerlegt.

Wie bereits im §. 11. gesagt ist, liegt die Hauptschwierigkeit unserer l. 4. in dem Verhältnisse der Worte ipso jure zu den Worten pro soluto.

Brinz, der als den Sinn der, hier zunächst in Betracht zuziehenden, vordern Hälfte der Constitution es ansieht, daß die beiderseits geschuldeten Geldsummen als ipso jure und zwar durch Compensation gezahlt zu erachten seien, hat vorgeschlagen [4]) den Text so zu lesen: ipso jure pro soluto compensatione eam (sc. pecuniam) haberi oportet. Dawider ist indessen nicht nur von Arndts [5]) bemerkt, daß diese Veränderung theils, sofern sie als logischen Gegensatz des ipso jure solutum ein solutum ope exceptionis voraussetze, undenkbar, — theils, da die Apposition zu pecunia pro soluta sein müsse, grammatisch unzuläßig sei; sondern es hat obendrein von Scheurl die mangelnde Nothwendig-

---

[4]) Die Lehre ꝛc. §. 7. p. 22.

[5]) Pandekten. §. 265. Anm. 3.

keit der brinzeschen, durchaus handschriftswidrigen, Conjectur herausgehoben [6]).

Der letzte Schriftsteller übersetzt: „die (gerichtliche) Compensation muß betrachtet werden wie eine von selbst erfolgte Zahlung"; Fuhr [7]) drückt sich umschreibend und etwas enger dahin aus, „daß von dem Tage der Coexistenz wechselseitiger Schulden, also schon infolge dieser Coexistenz, dieselben als compensirt und insoweit als gezahlt gelten sollen, weshalb von da an keine Zinsen der Forderungen, soweit sie sich decken, laufen." —

Darin nun haben die beiden eben Genannten recht, daß sie pro soluto für gleichbedeutend halten mit pro solutione. Ganz ähnlich, wie die Formen commodatum, mandatum, depositum etc. zunächst als die Neutrumsformen des participii perfecti der betreffenden Verben das Geliehene, Aufgetragene, Hinterlegte — bedeuten; dann aber unzweifelhaft das Geschäft selber, nicht blos den Gegenstand des Geschäftes, bezeichnen: dient auch das Wort solutum nicht blos zur Bezeichnung des Gezahlten, sondern ebenso oft zur Bezeichnung des Geschäftes des Zahlens, der Zahlung selber. So kömmt es namentlich in den beiden Verbindungen: in solutum [8]) und pro soluto vor. Das Letztere ist geradeso eine adverbialische Redensart geworden, in der das Substantiv weder nach der Zahlform noch nach dem Geschlechte des durch seinen Zusatz bestimmten Wortes sich verändert, wie die Redensarten: pro derelicto, pro legato, pro donato etc. [9]) —

---

[6]) Beiträge. c. l. p. 170. — Dagegen scheint mir eine petitio principii zugrundezuliegen, wenn Fuhr — Arch. für pract. Rechtsw. Bd. 1. Hft. 2. p. 135. — behauptet, es habe gar keinen praktischen Sinn, ob die Compensation ipso jure wie solutio wirke, weil es für die Beziehungen des Fragestellers als gleich angesehen werden müsse.

[7]) c. l. p. 130.

[8]) l. 40. §. 1. D. de minor. 4, 4. l. 19. §. 1. D. de R. C. 12, 1. l. 5. D. ad SC. Vellej. 16, 1. u. s. w. Brisson. s. v. Solutum.

[9]) z. B. pro derelicto bei einem Substantivum femini generis oder bei dem Plural. l. 1. D pro derelicto 41, 7. (Ulpian.) Si res pro derelicto habita sit. etc. — l. 2. eod. (Paull.) Pro derelicto rem a domino habitam si sciamus etc. — l. 3. eod. (Modestin.) An pars pro derelicto haberi possit, quaeri solet. etc. — partem pro derelicto habeat. l. 6. 7. 8. eod. l. 58. D. de acqu. rer. dom. 41, 1. — l. 2. §. 8.

Pro soluto bezeichnet nun in Gemäßheit der verschiedenen Bedeutungen der Präposition pro bald: infolge einer Zahlung, auf den Grund einer Zahlung; — bald anstatt der Zahlung; — bald wie die Zahlung, nach Analogie der Zahlung u. s. w.

In der ersten Bedeutung, als auf den Grund einer Zahlung, kömmt pro soluto vor in

l. 46. D. de usurp. 41, 3. (Hermogenian.) Pro soluto usucapit qui rem debiti caussa recipit: et non tantum quod debetur; sed et quodlibet pro debito solutum hoc titulo usucapi potest [10]).

Anstatt der Zahlung heißt pro soluto in

l. 24. pr. D. de pignerat. act. 13, 7. (Ulpian.) Eleganter apud me quaesitum est, si impetrasset creditor a Caesare, ut pignus possideret, idque evictum esset, an habeat pigneratitiam? Et videtur finita esse pignoris obligatio et a contractu recessum. Imo utilis ex empto accommodata est, quemadmodum si pro soluto ei res data fuerit. etc. [11])

---

l. 8. D. de lege Rhod. 14, 2. — l. 15. §. 21. D. de damno inf. 39, 2. u. s. w. — pro donato. l. 6. D. 41, 6. (Hermogen.) Donationis caussa facta venditione, non pro emptore, sed pro donato res tradita usucapitur. — pro legato. l. 2. D. pro legat. 41, 8. — s. Schrader ad §. 47. J. de R. D. 2, 1. —

[10]) s. auch l. 48. eod. (Paull.)

[11]) Ebenso in l. 4. Cod. de evict. 8, 45. (Antonin. A° 213.) Si praedium tibi pro soluto datum est pp. — l. 48. D. de solut. 46, 3. (Marcellus). Titia quum propter dotem bona mariti possideret, omnia pro domina egit, reditus exegit et moventia distraxit: quaero, an ea, quae ex re mariti percepit, in dotem ei reputari debeant? Marcellus respondit, reputationem ejus, quod proponeretur, non iniquam videri: pro soluto enim magis habendum est, quod ex ea caussa mulier percepit. etc. Dernburg p. 321. Note 1. behauptet, es werde hier gesagt, „das Eincassirte solle für etwas Gezahltes erachtet werden.“ s. oben §. 11. Note 4.

Zweifelhaft ist es mir, ob in l. 72. pr. de solut. 46, 3. (Marcellus.) Quare pro soluto id, in quo creditor accipiendo moram fecit, oportet esse — das pro soluto als Apposition zu dem id, in quo etc., oder aber ebenfalls adverbialisch stehe. Damit es Letzteres könne, müßte man id, in quo creditor accipiendo moram fecit als eine Umschreibung für die nachtheiligen Folgen der mora accipiendi auffassen. — Dernburg p. 306. übersetzt: „wie Zahlung.“ — Im schließlichen Sinne der Stelle würde dadurch wohl nichts geändert. —

Dürften durch die angeführten Beispiele die sprachlichen Bedenken Brinzens[12]) darüber erledigt sein, daß pro soluto für pro solutione, vice solutionis, loco solutionis stehen könne: so bliebe sodann noch der innere Sinn dieses Ausdruckes in unserer l. 4. cit. zu untersuchen übrig.

Das unterliegt schwerlich einem Zweifel, daß dies pro soluto gezogen werden muß zu ipso jure compensationem haberi oportet. Und damit ergiebt es sich dann von selbst, daß pro soluto hier nicht den Grund für das Statthaben der Compensation, sondern den Gegenstand der Vergleichung bezeichnet. Man könnte statt dessen vice solutionis setzen.

Welche praktische Bedeutung hat aber eine solche Vergleichung? Daß sie ganz müssig sei, ist in einem Rescripte des Severus Alexander kaum zu glauben. Und doch sehe ich in den bisherigen Uebersetzungen keine Spur einer praktischen Bedeutung. Denn das Aufhören des Zinslaufes vom Augenblicke der Coexistenz der compensabelen Gegenforderungen an könnte zwar auf die Fiction einer früher als wirklich geschehenen Compensation gestützt werden, unmöglich jedoch darauf, daß die Compensation als Zahlung fingirt wird[13]). Sprachlich aber würde dieser Auffassung die Wortstellung zuwider sein; es müßte sonst heißen: ipso jure compensationem haberi oportet pro soluto ex eo

---

[12]) Die Lehre §. 7. p. 22.

[13]) s. auch Basil. 24; 10, 28. ad h. l., wo an die Vergleichung der Wirkung der Compensation mit derjenigen der Zahlung (ἡ τοῦ ἀντελλόγου δύναμις μίμησιν ἔχει καταβολῆς), deren praktische Bedeutung freilich nicht erhellt, die Erwähnung vom Aufhören des Zinslaufes mittels eines καὶ angeschlossen wird. A. M. Krug §. 25. p. 69. Aber warum wird denn in l. 11. und 12. D. h. t. das Aufhören des Zinslaufes nicht auf die Fiction der Zahlung, und in l. 5. Cod. h. t. geradezu auf die aequitas compensationis gegründet? Aehnlich wie Krug auch Fuhr c. l. p. 130 ff. Die Bedeutungslosigkeit des pro soluto bei dieser Auffassung erweist sich in der Uebersetzung. Diese lautet p. 130. (Dies Geld) „gilt — von dem Tage der Coexistenz der wechselseitigen Schulden, also schon infolge dieser als compensirt und insoweit gezahlt.“ Ferner p. 131. — „weil eben die wechselseitigen Schulden durch die Gleichheit ihrer Objecte als ausgeglichen und bezahlt angesehen werden können.“ Ist das nicht ein völlig müssiger Zusatz? — Auch die Uebersetzung Treitschkes im deutschen Corp. juris und die v. Scheurls c. l. p. 170. trifft dieser Vorwurf. — vgl. Brinz §. 7. p. 20 ff.

tempore etc. oder compensationem haberi oportet ipso jure pro soluto ex eo tempore etc.

Noch weniger wird es jemand im Ernste vertheidigen wollen, daß in unserer l. 4. die Compensation durchaus der Zahlung gleichgestellt, als Abart der Zahlung betrachtet werde. Der Unterschied beider ist zu groß, als daß man ihn übersehen könnte [14]). Ist es aber nicht der Inbegriff sämmtlicher der solutio eigenthümlicher Eigenschaften, welchen die Compensation mit jener überein hat: so müssen es einige, oder vielleicht Eine einzige sein, was den Vergleichungspunct zwischen solutio und compensatio ausmacht. Allein welche? Man kann, glaube ich, da die Verschiedenheit beider Auffassungsarten der Obligation in ihren Voraussetzungen liegt, eine Gleichheit derselben nur in der Rücksicht auf ihren Einfluß auf die Obligation suchen, sei es in der endlichen materiellen Wirkung derselben, sei es in der Art, wie dieselbe gerichtlich geltendgemacht wird, sei es in der einen und in der andern.

Dernburg hat an die tilgende Wirkung gedacht, welche die durchgeführte Compensationseinrede gleich der Zahlung auf eine Obligation ausüben soll. Wir haben die Unzulässigkeit dieser Behauptung in §. 11. nachgewiesen. — An die Aehnlichkeit aber, welche Zahlung und Compensation in Beziehung auf die Befriedigung des Gläubigers haben, wie oben dargestellt ist, wird man in einem Rescripte schwerlich denken dürfen, das, von vorwiegend praktischer Bedeutung, jene rein-theoretische Erwägung keinesfalls so nachdrücklich hervorgehoben hätte, wie unsere l. 4. es doch mit der fraglichen Aehnlichkeit thut. Es bleibt demnach als Vergleichungspunct zwischen Zahlung und Compensation nichts übrig, außer der Art und Weise, worin diese wie jene processualisch geltendgemacht wird.

Und zwar wäre hier wiederum eine Gleichheit zwischen ihnen denkbar sowohl rücksichtlich der Form, als rücksichtlich der Zuständigkeit der processualischen Geltendmachung, als endlich rücksichtlich beider.

Die Zuständigkeit allein ist z. B. der Vergleichungspunct zwischen dem jusjurandum delatum et praestitum und der solutio [15]).

---

[14]) s. unten. vgl. v. Scheurl c. l. p. 171. Dernburg p. 373.

[15]) l. 27. l. 28. §. 1. l. 35. §. 1. D. de jurej. 12, 2. vgl. auch l. 42. eod.

Es soll mit dem Vergleiche der beiden namentlich bezeichnet werden, daß der von Einem mehrerer correi über die Nichterīstenz der Obligation geleistete Eid den s.g. objectiven Bestand des obligatorischen Verhältnisses treffe, daher sich nicht blos derjenige, welcher den Eid geleistet hat, sondern auch die übrigen correi darauf berufen dürfen [16]). Dabei kömmt es nicht in Betracht, daß die Berufung auf den Eid wenigstens bei actiones stricti juris in Form einer exceptio geschieht [17]). Genau dieselbe Vergleichung läßt sich von der Befriedigung des Gläubigers durch vertragsmäßige Compensation gebrauchen [18]), welche, wie der Eid, ope exceptionis geltendzumachen sein würde.

Die Zuständigkeit und die Form der Geltendmachung sind es, worin mit der Zahlung die Acceptilation und die Novation verglichen werden [19]).

---

[16]) Ribbentrop, Zur Lehre von den Correalobligationen, §. 28. p. 262 f. Note 2. §. 5. p. 24. Note 3. im Anf. — Und gerade diese, über das persönliche Verhältniß der zunächst betheiligten Personen hinausgehende, Zuständigkeit des Vertheidigungsmittels mag es auch sein, was Marcellus in l. 72. pr. cit. de solut 46, 3. im Auge hat: pro soluto id, in quo creditor accipiendo moram fecit, oportet esse — im Gegensatze zu der mora solvendi, die nur für den correus morosus selbst Wirkung hat. — l. 32. §. 4. D. de usur. 22, 1. — l. 173. §. 2. D. de R. J. 50, 17. —

Wie weit dagegen die römischen Juristen bei dem fraglichen Vergleiche die, über die betheiligten Personen hinaus sich erstreckende, Wirksamkeit auf das Pfandrecht im Auge gehabt haben, weiß ich nicht recht. Geradezu mit Bezug hierauf kömmt, soviel mir bekannt, der Ausdruck pro solutione, pro soluto est nicht vor. Und wenn l. 4. D. cit. qui pot. in pign. 20, 6. bemerkt, nec interesse solverit an pensaverit: so ist das nur eine besondere Anwendung des Satzes, daß daß Pfandrecht durch jede wirkliche und jede nur vom Pfandgläubiger vereitelte Satisfaction erlischt, ohne daß ein Unterschied zwischen den einzelnen Fällen der Satisfaction statthätte: die solutio ist hier nicht, wie bei Obligationen, das Muster für eine mehrerer Classen von Tilgungsgründen. vgl. indessen l. 40. D. de jurej. 12, 2. (Julian.) Jusjurandum a debitore exactum efficit, ut pignus liberetur: est enim hoc acceptilationi simile. perpetuam certe exceptionem parit. etc.

[17]) l. 9. pr. D. de jurej. 12, 2. u. s. w.

[18]) vgl. v. Vangerow, Lehrbuch Bd. III. §. 573. Anm. 5. I. sub 1. Ope exceptionis wirkt sie deshalb, weil es nicht die materielle Befriedigung sondern der Vertrag ist, was die Befreiung bewirkt.

[19]) 1. Acceptilatio. — §. 1. J. quib. mod. toll. obl. 3, 29. Gaj. III. 169. 170. a) l. 16. pr. D. de accept. 46, 4. s. l. 13. §. 7. §. 9. §. 12.

Daß es jedoch die Zuständigkeit nicht sein kann, was den Vergleichungspunct zwischen Zahlung und gerichtlicher Compensation ausmacht, — das ergiebt sich unmittelbar aus l. 10. D. de duobus reis. 45, 2. (Papinian.)

Si duo rei promittendi socii non sint: non proderit alteri, quod stipulator alteri reo pecuniam debet.

Es muß also die Form der gerichtlichen Geltendmachung sein, worin die Compensation mit der Zahlung übereinkömmt. Die Zahlung aber wird bei allen Klagen ipso jure geltendgemacht, d. h. ohne daß es dazu einer exceptio bedürfte; so wird also auch die Compensation ipso jure geltendgemacht werden sollen.

Wenn es nun, wie mich dünkt, nach der Wortstellung unzweifelhaft ist, daß in dem Satze: Ipso jure pro soluto compensationem haberi oportet — das pro soluto zu ipso jure gezogen werden muß: so haben wir damit den ausgesprochenen Quellenbeleg für meine Behauptung [20]). Ich übersetze demnach:

Wenn es feststeht, daß beiderseits Geld geschuldet wird, so muß der Compensation nach Analogie der Zahlung ipso jure stattgegeben werden, (ohne daß es zu ihrer Geltendmachung anders als zu der der Zahlung einer exceptio bedürfte,) und zwar mit Rücksicht auf den Augenblick, von dem an die gegenseitigen Verbindlichkeiten bestehen 2c.

---

l. 16. §. 1. eod. — b) l. 80. de solut. 46, 3. s. Arndts Pandekten §. 267. Anm. 1. sub b. — c) eine dritte Aehnlichkeit mit der Zahlung l. 7. §. 1. D. de liberat. legata 34, 3. — vgl. §. 1. J. cit. i. f. mit Gaj. III. 172.

2. Novatio. — a) l. 31. §. 1. D. de novat. 46, 2. s. l. 20. D. ad SC. Vellej. 16, 1. — b) s. §. 3. J. quib. mod. toll. obl. 3, 29. l. 20. D. ad SC. Vellej. cit. — vgl. l. 27. pr. D. de pact. 2, 14. l. 10. D. de novat. 46, 2. — s. auch Ribbentrop. Correalobl. §. 29. p. 268 ff.

[20]) Darin hat Brinz, die Lehre p. 22 ff. ganz recht, daß er ipso jure mit pro soluto verbindet, und das ipso jure als Gegensatz zu ope exceptionis auffaßt. Sehen wir indessen auch ganz ab von der verkehrten Auffassung des pro soluto, so möchte sich Folgendes gegen ihn bemerken lassen. Das pro soluto zu ipso jure gesetzt kann doch keinen andern Sinn haben, als die Art des ipso jure, wenn ich mich so ausdrücken darf, zu erklären. Nach Brinzens Ansicht aber würde dies ipso jure der Compensation ja eben ein von demjenigen der Zahlung fast noch mehr, als von einer exceptio, verschiedenes sein. Wozu also der möglichst unpassende Vergleich? — Ich glaube, dieser Umstand genügt, Brinzens Ansicht über das ipso jure zu widerlegen.

Daß dies einen sehr guten Sinn giebt, wird niemand bezweifeln [21]).

§. 23.

b. Widerlegung der Ansicht, daß noch in später classischer Zeit bei persönlichen Klagen ope exceptionis compensirt wurde.

Sagen es aber nicht mehrere Pandektenstellen noch aus der spätern classischen Zeit, daß bei actiones stricti juris ope exceptionis compensirt sei? — Wäre das richtig: so würde deshalb freilich unsere Auffassung des ipso jure in der l. 4. Cod. noch keineswegs ausgeschlossen sein. Abgesehen nämlich von der Möglichkeit einer Interpolation, könnte ja Alexander allenfalls von einer actio bonae fidei geredet haben, bei welcher die Compensation ohne förmliche Exception geltendgemacht wurde [1]), ob-

---

[21]) Wenn Hasse, Arch. für die civil. Praxis. Bd. VII. p. 157., in dem ipso jure unsrer l. 4. keine Beziehung auf etwas Processualistisches, auf den formellen Gegensatz von per exceptionem verspürt; und Krug, Die Lehre von der Compens. p. 70. einfach äußert: „daß hier ipso jure auch nur eine andre Bedeutung haben könne, als „ohne Weiteres", „von selbst", „ohne Erklärung", wird schwerlich zu erweisen sein" —: so möchten diese unerwiesenen Behauptungen damit widerlegt werden.

[1]) Die Schlußworte der l. 4. cit.: si modo petitio earum subsistit — sind nicht ungeeignet, diese Annahme zu unterstützen. Petitio verstehe ich nämlich nicht wie Brinz p. 23 Note 32. von einer eignen Klagintention wegen der Zinsen, sondern von dem, in judicio vorgebrachten, Klagpetitum, das sich auch auf die Zinsen erstrecken kann. Bezieht man die Worte auf eine besondere Zinsklage, die regelmäßig nur aus einer Zinsstipulation entspringt, so können dieselben kaum anders übersetzt werden als: vorausgesetzt, daß die (angestellte) Klage überhaupt begründet ist — ein Zusatz, dessen Ueberflüssigkeit Severus Alexander ebenso gut einsehen mußte wie ein heutiger Jurist. Anders, wenn seine Constitution nicht von einer zweifellos angestellten Zinsklage, sondern von einer Bitte um Zinsen redete, welche möglicherweise eine, auch formelle, Accession der Hauptforderung ausmachte, von deren Wirklichkeit aber wenigstens er durch den seine Entscheidung einholenden Richter — s. Dernburg p. 322. — nicht unterrichtet war. Hier lassen sich die fraglichen Worte am besten etwa so wiedergeben: vorausgesetzt, daß sich die Klagbitte auf die Zinsen miterstreckt. Und es liegt darin zugleich der Sinn, daß es nicht der Beklagte blos als solcher sein darf, der die größere Forderung, also blos defendendo, geltendgemacht hat; denn das Höchste, was er in diesem Falle erlan-

wohl sich kaum leugnen ließe, daß der Vergleich der Compensation mit der Zahlung alsdann sehr unnöthig, sogar schief genannt werden müßte. Allerdings aber würde die Stelle völlig untüchtig sein, das zu beweisen, was wir mit ihr haben beweisen wollen.

Allein, es läßt sich durchaus nicht begründen, daß noch in später Zeit bei strengen Klagen ope exceptionis compensirt sei. Dernburgs Versuche wenigstens dies zu thun sind vergeblich gewesen. Er will jene Behauptung belegen mit l. 8. §. 1. (nicht l. 6. §. 1.) D. rat. rem haberi. (Venulej.) l. 4. §. 8. D. de doli m. exc. (Ulp.) und l. 8. pr. eod. (l. 173. §. 3. de R. J. 50, 17.) (Paull.) Keine einzige aber dieser Stellen handelt von der Compensation, wie nun gezeigt werden soll.

---

gen könnte, wäre immer nur Abweisung des Klägers. — In diesem Sinne genommen ist jener Zusatz freilich auch nicht nothwendig, aber als Einschränkung des allgemein gefaßten Satzes: ejusque solius, quod amplius apud alterum est, usurae debentur, gewiß sehr natürlich. Als formelle Accession der Hauptforderung jedoch kann die Zinsbitte nur bei actiones incertae vorkommen, also namentlich bei actiones bonae fidei. — Ferner spricht folgende Erwägung für die aufgestellte Möglichkeit. In den Worten: usurae debentur, si modo petitio earum subsistit — ist offenbar die petitio zur Bedingung des deberi gemacht. Ließe sich das aber von vertragsmäßigen Zinsen einigermaßen rechtfertigen? Ich sehe nicht wie. Sehr wohl jedoch von usurae, quae officio judicis debentur; denn die Voraussetzung für das officium judicis ist eben die petitio Gerade dies kömmt aber wiederum nur bei actiones incertae, also vorzugsweise bei obligationes bonae fidei vor. Vermuthlich spricht der Kaiser von einem Falle der nichtrechtzeitigen Erfüllung einer Obligation, sei diese nun eigentliche mora solvendi oder nicht. Und so erklärt es sich denn auch, wie mir scheint, weshalb er die Bestimmung über die Zinsen, die Brinz l. c. §. 8. p. 24. für den alleinigen praktischen Inhalt der l. 4. Cod. hält, nur neben dem Satze compensationem haberi oportet ex eo tempore, ex quo ab utraque parte debetur utique quoad concurrentes quantitates, und nicht als ausschließliche Wirkung desselben ausdrückt. Denn die Verzögerung der Erfüllung kann ja noch andere Folgen bringen als die einfache Verpflichtung Verzugszinsen zu zahlen; und diese weitergehenden Folgen scheinen zuerst im Sinne des Kaisers gelegen zu haben. Danach würde diese Stelle allerdings ausdrücklich vom Einflusse einer compensabelen Gegenforderung auf die Verzögerung der Erfüllung reden. vgl. v. Vangerow. Lehrbuch. §. 618. Anm. 1. sub III. 3. Dernburg §. 51. p. 493. sub 3. a. M. Brinz c. l. p. 17. f. — Die Basil. 24; 10, 28. dagegen fassen die Zinsverbindlichkeit als durch Stipulation begründet auf. — εἴγε ὅλως κεχρεώστηνται τόκοι ἐξ ἐπερωτήσεως. (si modo usurae ex stipulatione debeantur.)

l. 8. §. 1. rat. rem. haberi 46, 8. Si procurator a debitore pecuniam exegerit et satisdederit, dominum ratam rem habere, mox dominus de eadem pecunia egit et litem amiserit: committi stipulationem. et si procurator eandem pecuniam domino sine judice solverit, condicturum. sed quum debitor ex stipulatu agere coeperit: potest dici dominum, si defensionem procuratoris suscipiat, non inutiliter doli mali exceptione adversus debitorem uti: quia naturale debitum maneat.

Dernburg behauptet nun p. 190., die exceptio doli, mittels welcher der den procurator gegen die Klage aus der cautio de rato vertheidigende dominus sich wehrt, sei eine Compensationseinrede. Wäre das der Fall, so wäre doch die durch jene exceptio geltendgemachte Compensation von der ordentlichen, eigentlichen Compensation, von der allein die Rede ist, soweit verschieden, daß aus den Grundsätzen über jene nichts für die rücksichtlich dieser angewandten Grundsätze geschlossen werden dürfte. Die eigentliche Compensation findet nur statt, wo der Gläubiger zugleich Schuldner seines Schuldners ist. Creditor compensare non cogitur, quod alii, quam debitori suo debet: quamvis creditor ejus pro eo, qui convenitur ob debitum proprium, velit compensare [2]). Dieser Satz erleidet allerdings einige Modificationen, z. B. darin, daß der Bürge auch die Forderungen des Hauptschuldners zur Compensation bringen kann u. s. w. [3]); allein Dernburg selber erkennt an, daß derselbe vor allem eine consequente und natürliche Anwendung bei Vertretungsverhältnissen finde, und zwar sowohl in der Richtung, daß der Schuldner des Vertretenen nicht die Gegenforderungen, die ihm gegen den Vertreter persönlich zustehen, der von diesem in fremdem Namen angestellten Klage opponiren könne [4]); als auch in der andern, daß der Vertreter des Beklagten weder dem Kläger Compensation mit eigenen Forderungen entgegensetzen dürfe, noch sich die Abrechnung mit solchen durch den Gegner gefallen zu lassen brauche [5]). Im Falle jener l. 8. §. 1. aber ist der dominus doch nur Vertreter des beklagten Procurators; der Anspruch jedoch, auf den er die

---

[2]) l. 18. §. 1. D. de comp. 16, 2. l. 9. Cod. h. t.

[3]) l. 4. l. 5. D. h. t. — s. Dernburg §. 41. p. 380 ff.

[4]) l. 23. D. h. t.

[5]) Dernburg §. 40. p. 377 ff.

fragliche exceptio stützt, ist nicht ein Anspruch des Vertretenen, sondern sein, des Vertreters, eigner Anspruch. Wollen wir daher nicht etwa eine Ausnahme von unserer Regel annehmen: so müssen wir einräumen, daß die in vorliegendem Falle besprochene Compensation nicht die eigentliche Compensation, — mithin für uns eben keine Compensation ist. Eine Ausnahme aber anzunehmen, scheint mir nicht der leiseste Grund vorhanden. Denn, nicht nur, daß Venulejus einen solchen Ausnahmscharacter seiner exceptio mit keiner Sylbe andeutet: wo ist nur einmal gesagt, daß das besprochene Verhältniß eine Compensation sei? deren Statthaben allein die Annahme einer Ausnahme nothwendig machen würde [6]). Vielmehr läßt sich die exceptio doli zurgenüge auf andere Weise erklären. — Die cautio ratam rem haberi verfällt, wenn der dominus die Proceßführung des Procurators in irgend einer Weise thätlich nicht anerkennt. — Und zwar geht die Klage aus jener Caution, wo sie nicht auf eine bestimmte Geldsumme gefast ist, auf das volle Interesse, das der Stipulator an der Ratihabition des dominus hat [7]). Dies gestaltet sich in verschiedenen Fällen verschieden. Uns gehet hier nur der Fall an, da der Procurator eine Forderung beigetrieben hat, und der dominus die Handlung des Procurators nicht anerkennt. Wenn der dominus seine Schuld einklagt und obsiegt, so besteht nun das Interesse des Stipulators in der Rückgabe alles dem Procurator Gezahlten und im Ersatze der Kosten des zwischen Stipulator und dominus geführten Rechtsstreites, einerlei ob der Procurator die Zahlung gütlich oder auch erst durch Rechtsstreit erhalten hat [8]). Wenn dagegen der Procurator eine Nichtschuld eingetrieben hat, so muß unterschieden werden, ob gerichtlich oder außergerichtlich. Im letztern Falle hat der Stipulator insofern ein Interesse an der Ratihabition, als sich danach bestimmt, ob seine condictio indebiti gegen den dominus oder gegen den Procurator geht. Die condictio gegen diesen aber, also einen Fall der Nichtratihabition vorausgesetzt, verwandelt sich infolge der Caution in die actio ex stipulatu, mit welcher neben dem Procurator auch die Bürgen haften [9]). Hat dagegen der Procurator

[6]) Dernburg hat sich über diesen Punct nicht ausgelassen.

[7]) l. 2. l. 13. pr. l. 19. D. rat. rem. 46, 8.

[8]) l. 22. §. 1. §. 3. D. eod.

[9]) l. 22. cit. pr. eod.

eine Nichtschuld gerichtlich eingetrieben: so hat der Stipulator kein Interesse an der Ratihabition. Denn wird ratihabirt, so macht das, fälschlich dem Procurator die Zahlung zuerkennende, Urtheil auch zwischen Stipulator und dominus Wahrheit; und der Stipulator kann das Gezahlte auf keine Weise zurückbekommen. Ratihabirt der dominus aber nicht, so sind drei Fälle denkbar. Erstens der Stipulator zahlt dem dominus gutwillig, oder zweitens er wird dazu verurtheilt, oder aber drittens er wird in dem vom dominus gegen ihn erhobenen Processe freigesprochen. Im ersten und im zweiten Falle ist die Sache genau so, als schuldete der Stipulator wirklich: er wird also mit der actio ex stipulatu das dem Procurator Gezahlte sammt den Proceßkosten sowohl von diesem als von den Bürgen zurückverlangen können. Im dritten Falle jedoch zeigt das den dominus abweisende Urtheil, daß er nichts zu ratihabiren hatte; und vom passiven Uebergange einer condictio indebiti vom Procurator auf den dominus kann hier umdeswillen keine Rede sein, weil eine condictio indebiti gegen den Procurator, dem ja gezwungen gezahlt ist, nicht statthat. Genaugenommen würde also in diesem Falle die Stipulation nicht verfallen [10]). Der Erfolg würde dann der sein, daß der Stipulator das dem Procurator Gezahlte einbüßte, und der (falsus) procurator dies lucrirte [11]). Allein, man hat, um diese Unbilligkeit zu vermeiden, auch hier dem Stipulator die Rückforderung des dem Procurator Gezahlten sowie den Anspruch auf Ersatz der Proceßkosten gestattet, und zwar mit der actio ex stipulatu, welche auch hier gegen die Bürgen angestellt werden kann. — Das Ergebniß ist also das: mag durch den Procurator ein debitum oder ein indebitum per judicem oder sine judice

---

[10]) l. 22. c. §. 2. eod. Quod si procurator per judicem non debitam pecuniam exegisset: dici potest, sive ratum dominus habuisset, sive non habuisset, fidejussores non teneri: vel quia nulla res esset, quam dominus ratam habere possit; vel quia nihil stipulatoris interest ratum haberi. — l. 16. pr. eod. Si indebitum procuratori solutum sit, agi statim ex hac stipulatione adversus procuratorem potest, ut ratum habeat dominus: ut possit dignosci, utrumne domino condici debeat id, quod indebitum solutum sit, si is ratum habeat: an vero procuratori condicendum sit, si dominus ratum non habeat.

[11]) l. 6. §. 1. 2. D. de condict. indebiti 12, 6. vgl. l. 46. §. 4. D. de procurat. 3, 3. — l. 22. §. 2. cit. (Fortsetzung aus Note 10.) — adficietur ergo injuria is, qui procuratori solvit.

beigetrieben worden sein, — in allen Fällen haftet er sammt seinen Bürgen, wo der dominus nicht ratihabirt, mit der actio ex stipulatu rem ratam haberi dem Stipulator auf Rückgabe des Gezahlten und Ersatz der etwaigen Proceßkosten.

Ganz eigenthümlich ist es jedoch in dem Falle, da der nichtratihabirende dominus auf Zahlung klagt, der Proceß aber verjährt, es also nicht zur Entscheidung darüber kömmt, ob das vom Procurator Eingeklagte wirklich geschuldet wurde. Wenn nämlich in den meisten Beziehungen ein so verlorener Proceß dieselben Wirkungen hat wie ein das Recht selber absprechendes Urtheil: so giebt es doch Abweichungen von dieser Regel. So kann der Gläubiger z. B. mittels einer etwaigen Pfandklage noch immer sein Forderungsrecht verfolgen [12]). Allein da es für den Procurator selbst nicht den geringsten Unterschied machen würde, ob der nichtratihabirende dominus den Proceß gewinnt oder verliert, weil ihm in jedem Falle mit der actio ex stipulatu das ihm Gezahlte wieder abgenommen werden kann: so muß es für ihn auch einerlei sein, ob die Rechtsgültigkeit vom Anspruche des dominus unentschieden bleibt. Er müste auch hier alles Erhaltene dem aus der Caution klagenden Stipulator restituiren. Aber während der Stipulator sowohl in dem Falle, wo er dem dominus zu zahlen verurtheilt, als wo er diesem gegenüber freigesprochen ist, mittels der actio ex stipulatione nur eine Schädigung seines Vermögens abwendet, indem er dort den Nachtheil doppelter Zahlung, hier den Nachtheil der Zahlung eines indebitum gutmacht: würde er in dem Falle, da die durch Proceßverjährung verlorene Forderung in der That zu Rechte bestanden hat, einen positiven Gewinn

[12]) l. 30. §. 1. D. ad leg. Aquil. 9, 2. — Ob auch compensando, das läßt sich wenigstens auf l. 8. §. 1. nicht stützen. Verneint man es aber, weil quaecunque per exceptionem perimi possunt, in compensationem non veniunt, — so müste man die dem Compensationseinwande in solchem Falle entgegenzustellende Einrede doch nicht exceptio rei in judicium deductae nennen, weil in compensationem etiam id deducitur, quo nomine cum actore lis contestata est; sondern etwa exceptio litis tempore amissae. — Uebrigens ist zu bemerken, daß die angezogene l. 8. und l. 18. pr. D. de comp. nur von der Compensation mit solchen in judicium deducirten Forderungen handeln, deren gerichtliche Zuerkennung auf die Klage noch möglich ist: es wird gewissermaßen mit der Obligation Nm Nm condemnari oportere compensirt. s. v. Keller, Civilpr. §. 60. Note 710. — vgl. Dernburg §. 45. p. 438.

auf Unkosten des dominus machen, indem er von seiner wirklichen Schuld gegen diesen befreiet würde. Freilich macht er einen solchen Gewinn auch dann, wenn er mit Unrecht freigesprochen worden ist: aber hier muß der endlichen Rechtssicherheit das Opfer der unanfechtbaren Unbilligkeit gebracht werden. In unserm Falle dagegen handelt es sich nur um eine Vorschrift der Proceßpolitik, deren Anforderungen nicht durch jede neue Untersuchung über den durch die Proceßverjährung betroffenen Anspruch verletzt erscheinen, wie dies in der erwähnten Möglichkeit einer ferneren Verfolgung des Anspruchs durch Pfandklage anerkannt ist.

Und so entscheidet sich Venulejus auch hier dafür den Anforderungen der Billigkeit stattzugeben, d. h. den Beklagten jenen Gewinn auf Unkosten des dominus nicht machen zu lassen, sondern seine Klage aus der Caution auf sein wahres Interesse einzuschränken. Der Grund der von ihm dem, den Procurator gegen die actio ex stipulatu vertheidigenden, dominus zugeschriebenen exceptio doli ist also nicht sowohl ein Gegenanspruch des letztern gegenüber dem wohlbegründeten Klaganspruche des Stipulators, als vielmehr der Umstand, daß der Anspruch des Stipulators, nach strengem Rechte zwar in weiterem Umfange zustehend, gemäß den Grundsätzen der Billigkeit an sich ein engerer ist. Ganz ähnlich ist es in dem Falle, wo der dominus anfangs nicht ratihabirt hat, später aber ratihabirt: auch hier ist nach strengem Rechte die Stipulation auf alles dem Procurator Gezahlte verfallen; allein auch hier wird gegen die Klage aus der Stipulation die doli exceptio gewährt [13]). Die Aehnlichkeit beider Fälle wird um so bestimmter erscheinen, wenn man sich erinnert, daß stillschweigend auch in l. 8. §. 1. cit. die, anfangs verweigerte, Ratihabition als nachträglich erfolgt vorausgesetzt wird, gerade wie in l. 12. §. 2. ausdrücklich; und daß umgekehrt diese Stelle stillschweigend voraussetzt, die Frage nach dem Forderungsrechte des dominus diesem gegenüber sei so unentschieden geblie-

[13]) l. 12. §. 2. eod. — Quid ergo, si quod primo ratum non habuit, postea habebit ratum? Nihilomagis proficere ad impediendam actionem suam: et ob id, quod primo non habuit ratum, actionem salvam habere ait: ideoque si quod procuratori fuerat solutum, exegerit: agi perinde ex ea stipulatione poterit, ac si ratum habere se postea non dixisset. Sed ego puto, exceptionem doli mali locum habituram.

ben, als die andre Stelle das ausdrücklich sagt. So wenig man nun in der exceptio doli der l. 12. §. 2. eine Compensationseinrede finden wird, so wenig kann man das in derjenigen der l. 8. §. 1. Mit den Worten: quia naturale debitum manet will Venulejus bezeichnen, daß der dominus in der, freilich klagweis nicht mehr zuverfolgenden, Forderung ja noch immer einen Gegenstand der Ratihabition habe, anders als wo ihm die Forderung abgesprochen sei: quia hic nulla res est, quam dominus ratam habere possit. — [14]).

---

[14]) Nur zwei Fragen bleiben noch zu erörtern. Nämlich 1) hat auch der sich selbst vertheidigende Procurator die exceptio doli? 2) ist die exceptio doli auch dann wirksam, wenn der dominus seinen Proceß, in der sichern Voraussicht ihn sonst durch Urtheil zu verlieren, hat verjähren lassen? — Ad 1) ist zu antworten: Die Einrede setzt die nachfolgende Ratihabition des dominus voraus. Wenn aber der dominus ratihabirt, um den Vortheil der Ratihabition zu genießen, so kann er mit der actio negotiorum gestorum contraria vom Procurator gezwungen werden ihn für alle durch seine anfängliche Nichtrehabition erwachsenen Nachtheile schadlos zu stellen, namentlich die Klage aus der cautio de rato für ihn zu übernehmen. Und so kömmt es, daß Venulejus gerade von dieser, der gewöhnlichen, Gestaltung unseres Falles spricht. Allein der Procurator würde nach der Ratihabition die Einrede ebensowohl haben, wenn er sich selbst vertritt, als der ihn vertretende Herr sie hat. — Und so ist wohl Marcellus in l. 22. §. 5. eod. zu verstehen, wenn er ganz allgemein sagt: Si dominus ratam rem non habuerit, sed lite mota rem amiserit, nihil praeter impendia in stipulatione Ratam rem deducitur. Hier muß man gewiß die nachfolgende Ratihabition des Herrn voraussetzen; aber diese wird aus naheliegenden Gründen selten ausbleiben. Dahin gestellt sein lasse ich, ob Marcellus sogar die doli exceptio für überflüssig hielt, indem er die prätorischen Stipulationen nach Analogie der bonae fidei obligationes beurtheilte. s. oben §. 9. Note 6. — s. jedoch auch Keller, Litiscontest. §. 18. Note 6. p. 159 f. — Ad 2) Falls der dominus, um es nicht zu einem abweisenden Urtheile kommen zu lassen, den Proceß verjähren läßt, so würde ihn selbst der Vorwurf des dolus treffen, wenn er nun durch späte Ratihabition sich Zahlung einer Forderung zu verschaffen suchte, die ihm gar nicht zustünde. Was den Beweis dieses Punctes anbetrifft, so dürfte es regelmäßig Sache des klagenden Stipulators sein diesen dolus des dominus nachzuweisen; denn wenn der Procurator per judicem die Zahlung erwirkt hat, so kann sich nach der Ratihabition auch der dominus auf die res judicata berufen, — s. l. 56. D. de jud. 5, 1. l. 1. Cod. quib. res jud. 7, 56. — und danach steht sein Forderungsrecht fest; — wenn aber der Stipulator dem Procurator gutwillig gezahlt hat, so müssen wohl die Grundsätze über den Beweis der Nichtschuld bei der condictio indebiti angewandt werden.

So dürfte denn aus der l. 8. §. 1. cit. nichts gegen unsere Erklärung der l. 4. Cod. de comp. gefolgert werden, zu schweigen davon, daß Venulejus vor Severus Alexander geschrieben hat [15]).

Daß l. 4. §. 8. D. de doli m. exc. 44, 4. (Ulp.) nicht von der Compensation, sondern von der Retention redet, ist schon oben §. 10. p. 87. dargethan.

So bleibt nur noch l. 8. pr. eod. (Paull.), eine Stelle, die allerdings bei Gelegenheit der Compensation von jeher vielfach erwähnt, deren Inhalt sogar als Grundgedanke der Compensation hingestellt ist.

Dolo facit, qui petit quod redditurus est.

Soviel wird von der andern Seite vonvornherein zugegeben werden müssen, daß die Beziehung dieses Satzes auf die Compensation weder ausdrücklich noch selbstverständlich von einem römischen Juristen gemacht wird. Ehe man also aus demselben Folgerungen für die Form der Compensation zieht, muß zuvor nachgewiesen sein, daß er wirklich von der Compensation handele. Dies ist jedoch nicht schon damit nachgewiesen, daß dargethan wird, er könne von der Compensation handeln. Und weiter wird man gewiß nichts darzuthun vermögen. Ja, nicht einmal das, wo man nicht der Gefahr einer petitio principii sich aussetzt.

Könnte freilich erstens jenem Satze gar keine angemessene Bedeutung beigelegt werden, als indem man ihn von dem der Compensation zugrundeliegenden Gedanken verstünde, und bliebe selbst dann nicht immer noch die Annahme, daß uns unter den Bruchstücken des römischen Rechtes die Fälle der Anwendung jenes Satzes nicht überliefert worden wären; — oder könnte zweitens der dolus, welchen die von Marcus zum Schutze der Compensation gegebene exceptio doli voraussetzt, nicht anders als durch jenen Satz erklärt werden: dann möchte es darum sein. Aber beides muß durchaus geleugnet werden.

Zuerst findet sich im §. 1. der l. 8. cit. eine Anwendung des Satzes, die Paullus selber macht.

Sic si heres damnatus sit non petere a debitore, potest uti exceptione doli mali debitor et agere ex testamento.

---

[15]) Er lebte unter Septimius Severus und Caracalla. s. Puchta Inst. Bd. 1. §. 100.

Arndts [16]) und nach ihm Dernburg [17]) behaupten freilich, daß dieser Inhalt des §. 1. keine Anwendung der im pr. aufgestellten Regel enthalte, da hier umgekehrt eine Verpflichtung zum Zurückgeben (condictio indebiti) nur daraus abzuleiten wäre, weil der Empfänger petendo dolo fecisset. — Schon die Behauptung, daß dasjenige, was mit dem sic so bestimmt als Anwendung der fraglichen Regel angegeben wird, keine passende Anwendung derselben sei, macht mich einigermaßen mistrauisch. Denn entweder wird damit dem angeblichen Verfasser der Stelle, Paullus, der Vorwurf gemacht, er habe seine eigne Regel nicht verstanden; oder, will man Paullus retten, die Stelle für verstümmelt erklärt, und zwar für in dem Maße verstümmelt, daß, was ursprünglich Anwendung einer andern, jetzt weggestrichenen, Regel gewesen, nun anstatt der weggestrichenen Anwendung der stehen gelassenen Regel als solche hingesetzt sei. Jenes wäre doch mindestens sehr kühn; dieses ist grundlos. Aber in der That ist auch der Beweis verfehlt, daß die Anwendung nicht zur Regel passe. Es ist verkehrt, daß die condictio indebiti nur daraus abzuleiten wäre, weil der Empfänger petendo dolo fecisset. Zunächst nämlich entspringt aus der liberatio legata wohl eine exceptio in factum [18]). Paullus untersucht nun, ob statt deren auch eine doli exceptio gesetzt werden könne, und bejaht dies nicht nur einfach, sondern begründet es zugleich mit einem allgemeinen Satze, aber nicht damit, daß in der Nichtachtung jeder beliebigen exceptio ein dolus liege, sondern specieller für die aus einem solchen Legate entspringende exceptio als eine perpetua [19]) damit, daß der von derselben (irrthümlich) keinen Gebrauch machende Schuldner mit einer condictio indebiti das Gezahlte zurückfordern dürfe; mithin für den klagenden Erben das durch die erfolgreiche Klage herbeigeführte Ergebniß die Verpflichtung zur Rückzahlung sei: nun aber dolo facit, qui petit, quod redditurus est. Dies reddere ist überhaupt ganz eigentlich zu nehmen von der Verpflichtung gerade das mittels der erfolgreichen Klage Erlangte zurückzugeben. So gebraucht derselbe Paullus das Wort restituere

---

[16]) Pandekten. §. 264. Anm. 3.

[17]) p. 188 f.

[18]) l. 3. §. 3. l. 22. D. de liberat. legata. 34, 3.

[19]) l. 26. §. 7. D. de cond. ind. 12, 6.

in genau gleichem Zusammenhange in l. 44. §. 1. D. solut. matr. 24, 3. Lucius Titius filiae suae nomine centum doti promisit Gajo Sejo; et inter Gajum Sejum et Lucium Titium patrem mulieris convenit, ne dos a viro vivo Lucio Titio [i. e. patre mulieris] peteretur: postea culpa mariti divortio facto, solutum est matrimonium; et pater mulieris decedens alios heredes instituit, filia exheredata. Quaero, an ab heredibus soceri maritus exigere dotem potest, quum eam mulieri redditurus est? Respondi: Quum filia, aliis a patre heredibus institutis, actionem de dote sua recuperanda habere coeperit, necesse habebit maritus, aut exactam dotem, aut actiones ei praestare. nec ullam exceptionem habebunt soceri heredes adversus eum: quum absurde dicitur, dolo videri eum facere, qui non ipsi, quem convenit, sed alii restituturus petit. etc. [20])

Dahingegen muß zugegeben werden, daß Pomponius in l. 3. D. de comp. das repetere allerdings in weiterem Sinne gebraucht von der Geltendmachung einer, nicht erst durch diesseitige Leistung begründeten, Forderung auf den Gegenstand, welchen auch jene Leistung hat. Aber Pomponius muß repetere in diesem Sinne gebrauchen, weil in diesem weitern Sinne dem repetere die Unannehmlichkeiten anhaften, die zu vermeiden compensatio recessaria est. —

Daß sodann zweitens der dolus, dessen wegen Marcus Aurelius zum Schutze der Compensation die doli exceptio gegeben hat, einen andern Grund haben könne als, quia petit actor, quod redditurus est, habe ich im §. 20. gezeigt [21]).

---

[20]) s. auch l. 38. §. 1. D. de pecul. 15, 1. (African.) — Brinz, die Lehre. §. 14. p. 47 f.

[21]) l. 2. §. 1. D. de R. C. 12, 1. (Paull.) dünkt mich, beweist hier gar nichts. — Schon ältere Schriftsteller haben die Anwendbarkeit der bereits von den Glossatoren ad §. 30. J. de act. 4, 6. ad v. doli m. exc.] als Grund der Compensation angegebenen Regel: doli facit etc. bestritten. So z. B. Jo. Faber ad instit. comm. Venet. 1488. ad §. in b. f. Doctores, heißt es, approbant hanc rationem et super ista dicunt fundatam aequitatem compensationis. alia tamen redditur ff. de comp. l. 3. in textu. et illa videtur melior. quum propter auctoritatem textus, tum quia illa regula habet locum, quando idem debet restitui. hic in materia compensationis non item, sed tantundem. — Angel. de Aretio. comm. ad Inst. ad l. c. Jason Maynus.

Sind danach die besprochenen Stellen untauglich das Statthaben einer doli exceptio zum Schutze der Compensation noch für die spätere classische Zeit zu erweisen: so bleibt endlich die Begründung zu prüfen, welche Bethmann-Hollweg dieser Behauptung giebt [22]). Seine Worte sind diese:

„In der That läßt sich aus den einzelnen unter den Neueren allgemein anerkannten praktischen Sätzen auf das strengste beweisen, daß nach dem neuesten römischen Rechte die Compensation nicht ipso jure, sondern per exceptionem wirke."

„1) Die Compensation wirkt nicht absolut, nicht nach allen Seiten hin, sondern nach der Natur der exceptio nur zugunsten desjenigen, dem die Gegenforderung zusteht, und zum Nachtheile desjenigen, gegen den sie gerichtet ist. Einer von mehreren correi debendi kann nur mit der eigenen Gegenforderung compensiren, nicht mit der seines Mitschuldners, er müßte denn socius oder Bürge sein. Dasselbe muß umgekehrt für mehrere correi credendi gelten."

„2) Die Wirksamkeit der Compensation hängt von der Willkür des Schuldners ab. Er muß sich darauf berufen, damit der Richter sie beachte; und wenn er es nicht will, so behält er doch seine Gegenforderung und kann sie durch Klage verfolgen. Daher steht es auch in seiner Wahl, mit welcher von mehreren Gegenforderungen er compensiren will. Dies ließe sich zwar auch damit vereinigen, daß man die zweite Wirkung annähme [d. h. die Tilgung stricto jure, zu deren Geltendmachung eine exceptio nicht nöthig ist,] und sagte, der Schuldner bezahle durch Abrechnung. Allein dem widerspricht"

„3) daß die Compensation ipso jure in jenem andern Sinne wirkt, nämlich von selbst, und daß von dem Augenblicke an, wo die Forderungen einander gegenüber standen, beide als aufgehoben betrachtet werden. Dies würde freilich auch der Fall sein, wenn die Compensation nicht per exceptionem, sondern ipso jure wie confusio wirkte. Allein daß dies nicht angenommen werden könne, ist im Vorhergehenden gezeigt worden."

Was den ersten der drei Sätze anbetrifft, so hat Brinz den-

---

ad h. l. Nro. 58. — Joan. Schneidewin. Comm. in Instit. Argentor. 1586. ad §. 30. J. de act. Nro. 8.

[22]) Rhein. Mus. Bd. I. p. 270 ff.

selben zu widerlegen versucht, jedoch, wie ich glaube, nicht besonders glücklich [23]). Er ist indeß in der That nicht stichhaltig. Daraus, daß derjenige mehrerer correi debendi, welchem die Gegenforderung nicht zusteht, sich auf dieselbe nicht berufen kann [24]), folgt nichts dafür noch dawider, daß diese compensabele Gegenforderung ipso jure, i. e. sine exceptione, geltendgemacht werden könne. So ist es z. B. anerkannt, daß durch confusio eine Obligation ipso jure aufgehoben wird [25]), während doch die Befreiung des einen correus debendi auf diese Weise den übrigen nicht zugutekömmt [26]). Aehnlich ist es mit der Befreiung des einen correus durch capitis deminutio, welche gleichfalls die Obligation ipso jure aufhebt [27]). Anderseits giebt es Aufhebungsarten von Obligationen, welche ope exceptionis geltendgemacht werden und doch allen correi aus der Person des Einen zustehen, z. B. die exceptio jurisjurandi aus einem über den Bestand der Obligation geleisteten Eide [28]). —

Rücksichtlich der beiden andern Sätze hat es Brinz sich wohl etwas zu leicht gemacht, wenn er beide kurzum mit der Bemerkung abfertigt, daß Bethmann-Hollweg selbst von jedem einzelnen bekenne, er beweise an sich noch nicht. Denn, wenn auch jeder für sich allein noch nichts beweiset, so könnten sie ja wohl recht gut durch ihre Beziehungen zu einander vollen Beweis machen,

---

[23]) Die Lehre. §. 15. p. 50 ff. s. auch §. 1. p. 3. — Denn, indem zugegeben wird, daß eine ipso jure aufgehobene Forderung gegen niemanden mehr eingeklagt werden könne, wird der Beweis darauf gestützt, daß es sich hier nicht um eine durch Compensation bereits aufgehobene, sondern um eine erst aufzuhebende Forderung handele. Der Vordersatz aber ist verfehlt, — man denke nur an die Aufhebung einer Obligation durch confusio oder capitis deminutio, — und so erhält der ganze Beweis eine schiefe Richtung. Uebrigens ist es auch nur bei der Compensation, daß die Geltendmachung der Vornahme nicht nachzufolgen braucht, sondern gleichzeitig mit ihr geschehen kann.

[24]) l. 10. D. de duob. reis. 45, 2. l. 9. Cod. h. t. u. s. w.

[25]) l. 21. §. 1. D. de liberat. legata 34, 3. — confusione perinde exstinguitur obligatio ac solutione. — l. 95. §. 2. D. de solut. 46, 3.

[26]) l. 71. pr. D. de fidej. 46, 1.

[27]) l. 2. §. 2. D. de cap. minut. 4, 5.

[28]) l. 28. §. 1. l. 42. D. de jurej. 12, 2. — Hierher gehört auch die exceptio rei in judicium deductae und rei judicatae. s. Ribbentrop, Correalobl. §. 3. p. 10 ff.

indem der eine immer die, den Beweis des andern vernichtende, Möglichkeit eines Dritten ausschlösse. Und offenbar ist das Bethmann-Hollwegs Meinung.

Wenn er sub 2. sagt, die Thatsache, daß die Wirksamkeit der Compensation von der Willkür des Schuldners abhange, lasse sich allenfalls damit vereinigen, daß sie ipso jure, i. e. sine exceptione wirke, falls man nämlich annehmen könne, der Schuldner bezahle gewissermaßen durch Abrechnung: so bemerkt er nun sub 3., daß diese Annahme unstatthaft sei, weil die Forderungen als von dem Augenblicke ihrer Coexistenz an aufgehoben betrachtet würden. Würde dagegen die Compensation als Zahlung durch Abrechnung angesehen, so könnten die Forderungen auch erst von dem Augenblicke dieser Abrechnung an als getilgt gelten. — Umgekehrt würde die Zurückbeziehung der Compensation auf den Augenblick der Coexistenz der Gegenforderungen nicht ausschließen, daß die Compensation nicht per exceptionem, sondern ipso jure wie Confusion wirkte, wenn nicht im geraden Gegensatze zu dieser erst eine Willenserklärung vonseiten eines zur Compensation berechtigten Subjectes erfordert würde.

In dieser letzten Combination den Fehler nachzuweisen ist nun freilich nicht schwer. Das zum Eintritte der Compensation nöthige factum hominis, die desfallsige Willenserklärung, kann ebensowohl stattfinden, wenn ipso jure in diesem Sinne, als wenn ope exceptionis compensirt wird, indem ja auch ein ipso jure statthabender Vertheidigungsgrund die Berufung darauf erfordert. Und daß in diesem Falle die Compensation keineswegs nach allen Seiten hin wirken müsse, so wenig als dies die Confusion thut, ist damit auch bewiesen, weil sich natürlich nur der Berechtigte auf die Compensation zu berufen vermag [29]).

Sehr schwierig dagegen, vielleicht unmöglich würde es sein, die erste Combination zu widerlegen, könnte wirklich nur dann ipso jure compensirt werden, falls die Compensation als Zahlung durch Abrechnung angesehen werden müßte. Man denke sich nur zwei Gegenforderungen, deren eine Zinsen trägt, die andre nicht. Findet hier die Compensation — und wie selten thut sie das! — nicht sofort in dem Augenblicke statt, wo beide Forderungen zuerst einander gegenüberstehen, so würde die Compensation als

[29]) vgl. Bethmann-Hollweg c. l. p. 268. sub 1.

Zahlung durch Abrechnung nur Capital durch Capital, nicht aber den Betrag der von dem einen Capitale bereits angelaufenen Zinsen aufzuheben vermögen. Oder man müßte sagen, daß die Coexistenz einer zinstragenden compensabelen Gegenforderung ein gesetzlicher Grund der Zinsverbindlichkeit für den Schuldner der bis dahin unverzinslichen Schuld sei. Aber hierfür fehlt es an jedem Anhaltspuncte in den Quellen. Vielmehr drücken sich die Quellen so aus, als ob vom Augenblicke der Coexistenz an auch die bis dahin zinstragende Forderung, soweit sie durch die Gegenforderung gedeckt ist, Zinsen zu tragen aufhörte [30]).

Allein, es soll erst noch bewiesen werden, daß die Compensation nur dann ipso jure stattfinden könne, wenn sie als Zahlung durch Abrechnung zu betrachten sei. Es ist dies eine ganz willkürliche Behauptung. Wie die Römer dazu gekommen sind, den einen Vertheidigungsgrund ipso jure, den andern ope exceptionis wirken zu lassen — das können wir, abgesehen vielleicht von der Zahlung allein, eigentlich nicht erklären. Am allerwenigsten aber liegt die Erklärung in dem von ihnen selbst, wie oben bemerkt, nicht selten angestellten Vergleiche mit der Zahlung. Denn dieser Vergleich giebt vielmehr die Thatsache, daß, als den Grund an, weshalb ein gewisses Vertheidigungsmittel ipso jure wirke. Nun ist bei der Compensation allerdings das Besondere, daß die Art ihrer Geltendmachung gewechselt hat, daß es demnach bei ihr näher liegt als irgendwo anders, die Ursachen dieser Veränderung in einer veränderten Anschauung über ihre Bedeutung aufzusuchen. Auch wir haben uns bemühet jener Ursache auf die Spur zu gelangen, und meinen sie in der Anschauung zu finden, daß die Compensation der Zahlung insofern zu vergleichen sei, als sie beide Theile befriedige. Allein, wie wir bereits oben bemerkt haben, folgt daraus nicht, daß die Römer die Compensation als ein in jeder Hinsicht der Zahlung ähnliches Institut, noch weniger, daß sie dieselbe als Zahlung durch Abrechnung betrachtet haben. Wenn sie, ausgehend von einer erheblichen Aehnlichkeit der Compensation mit der Zahlung, jene auf die gleiche Weise mit dieser processualisch geltendmachen ließen: so wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß sie die nicht

---

[30]) l. 11. D. l. 4. l. 5. Cod. h. t. vgl. Brinz, die Lehre. §. 7. p. 20 ff.

unerheblichen Verschiedenheiten der Compensation von der Zahlung sehr wohl auffasten.

Und zu solchen nicht unerheblichen Verschiedenheiten beider gehört der Grund, aus dem bei der einen und bei der andern der Zinslauf aufhört. Von einem gezahlten Capitale laufen die Zinsen nicht mehr, weil die nothwendigste Voraussetzung einer Zinsforderung, eine Capitalschuld, nicht mehr vorhanden ist. Durch die bloße Coexistenz aber heben sich compensabele Gegenforderungen nicht auf; und wenn daher beim Eintritte der Compensation vom Augenblicke der Coexistenz an für keine der Gegenforderungen bis zu den entsprechenden Beträgen Zinsen geschuldet werden: so muß das Aufhören des Zinslaufes auf einem andern Grunde als auf dem Wegfallen seiner nothwendigsten Voraussetzung, der Capitalschuld, beruhen. Und wirklich geben die Quellen einen andern Grund dafür an: die aequitas compensationis [31]).

Diese aequitas ist sehr leicht zu begreifen. Jeder der beiden Obligationssubjecte hat vom Augenblicke der Coexistenz der Gegenforderungen an das Recht erworben zu compensiren und damit den ihm nachtheiligen Zinslauf der durch seine Forderung gedeckten Capitalschuld zu hemmen. Der Inhalt dieses Rechtes nun soll ihm ungeschmälert bleiben, wie früh oder wie spät er auch von demselben Gebrauch macht, zumal da die Herbeiführung der richterlichen Entscheidung mittels der, in alter Zeit durch die Furcht der Klagverjährung regelmäßig nicht beschleunigten, Klaganstellung in der Willkür des Gegners steht [32]). — Damit scheint mir der letzte Grund für die Compensation mittels einer doli exceptio noch in späterer classischer Zeit widerlegt [33]).

---

[31]) l. 5. Cod. h. t. Etiamsi fideicommissum tibi ex ejus bonis deberi constat, cui debuisse te minorem quantitatem dicis: a e q u i t a s c o m p e n s a t i o n i s u s u r a r u m e x c l u d i t c o m p u t a t i o n e m etc.

[32]) f Dernburg. Die Comp. §. 30. sub II. p. 301 f. §. 51. p. 487 ff. — A. M. Brinz, Die Lehre. §. 7. p. 19 ff. und §. 50. p. 158., der dies für etwas Singuläres, auf der willkürlichen Bestimmung des Septimius Severus — l. 11. D. h. t. — Beruhendes hält.

[33]) Brinz c. l. §. 18. p. 59. führt noch einen Gegengrund an. Wer statt zu compensiren gezahlt hat, kann das Gezahlte mit einer condictio indebiti zurückfordern. Freilich finde diese Klage nicht nur bei einer ipso jure nichtigen Obligation, sondern auch bei einer per exceptionem g a n z unwirksam gemachten Forderung statt. Wirkte indeß die Compensation ope excep-

§. 24.

c. Erklärung von Paull. Rec. Sent. 2; 5, 3.

Wir brauchen uns indeß nicht mit dem negativen Ergebnisse zu begnügen, daß unserer Behauptung über die Form eine compensabele Gegenforderung im späteren classischen Processe geltendzumachen nichts widerspreche: es giebt obendrein positive Beweise für die Wahrheit derselben.

Es sind dies zwei Stellen, die ihre wesentlichen Voraussezzungen in nothwendigen Consequenzen unserer Behauptung finden. Und zwar ist die Voraussetzung der einen, Paull. rec. sent. 2; 5, 3. eine naheliegende Folgerung aus der Form; die Voraussetzung der andern, der l. 21. D. h. t., eine etwas ferner liegende Folgerung aus dem Grunde der Form, wie wir dieselben für die Compensation im späteren classischen Processe angegeben haben.

I. Wenn die Compensation vom Richter wie die Zahlung ipso jure zu berücksichtigen ist, so werden, falls der Kläger die compensabele Gegenforderung nicht oder nicht in genügender Weise berücksichtigt hat, dieselben Erscheinungen eintreten, welche eintreten, falls er eine geschehene Zahlung nicht oder nicht in genügender Weise berücksichtigt hat. Deckt nun die Gegenforderung den Klaganspruch bis zu seinem vollen Betrage, so muß die Klage geradeso im ganzen Maße abgewiesen werden, wie die Klage auf eine völlig bezahlte Summe. Dieser Fall hat keinerlei Schwierigkeit noch Besonderes.

Ist aber die Forderung des Beklagten kleiner als die Klagforderung, so wird je nach der Art der Klage ein verschiedener

---

tionis, so könnte die exceptio doch nur eine temporaria exceptio gewesen sein, da dieselbe durch Zahlung der diesseitigen Schuld jeden Augenblick habe aufgehoben werden können. Der Schuldner aber, welcher mittels einer temporaria exceptio geschützt sei, könne das Gezahlte nicht mit der condictio indebiti zurückfordern. Da nun dem compensare potens diese Klage zugeschrieben werde: so erhelle, daß die Compensation nur ipso jure stattfinden könne. — Allein man sieht unmittelbar, wo der Fehler dieser Deduction steckt: in dem Begriffe der temporaria s. dilatoria exceptio. Nicht jede Einrede, die auf irgend eine Weise wegfallen kann, ist darum blos dilatorisch. Sonst müßte z. B. die exceptio doli, welche auf einem pactum de non petendo beruht, auch nur dilatorisch sein, weil sie immerhin durch ein demnächstiges pactum de petendo aufgehoben werden kann.

Erfolg der nicht gehörigen Berücksichtigung jener Gegenforderung beiwohnen. Es lassen sich hiernach zwei Hauptfälle, und für jeden derselben je nach Art der Gegenforderung wiederum zwei Fälle, also im ganzen vier Fälle denken.

I. Die Klagforderung ist ein certum:
 1. die Gegenforderung ist ein certum;
 2. die Gegenforderung ist ein incertum; —

II. Die Klagforderung ist ein incertum:
 3. die Gegenforderung ist ein certum;
 4. die Gegenforderung ist ein incertum.

Im ersten Hauptfalle würde, abgesehen von der Gegenforderung, die Klagintention auf das dari oportere des certum gehen. Geschieht nun die richterliche Berücksichtigung der compensabelen Gegenforderung ipso jure, so erscheint infolge derselben ebendies dari oportere gemindert; und eine Nichtberücksichtigung oder eine nicht genügende Berücksichtigung jener Minderung seitens des Klägers muß demnach als pluspetitio re unfehlbar ein caussa cadere mit sich bringen [1]).

Daß ein solches wirklich eingetreten sei, wird uns ausdrücklich bezeugt.

Paull. Rec. Sent. 2; 5, 3. Compensatio debiti ex pari specie et caussa dispari admittitur: velut si pecuniam tibi debeam, et tu mihi pecuniam debeas, aut frumentum aut caetera hujusmodi, licet ex diverso contractu, compensare vel deducere debes. Si totum petas, plus petendo caussa cadis.

Nach unserer Erklärung erhellt das Gesagte so unmittelbar und so unverkennbar aus dieser Stelle, daß darüber kein Wort weiter zu verlieren ist [2]).

---

[1]) §. 33. J. de act. 4, 6 Si quis agens in intentione sua plus complexus fuerit, quam ad eum pertineret, caussa cadebat, id est rem amittebat. — Plus autem quattuor modis petitur — Re: veluti, si quis pro decem aureis, quae ei debebantur, viginti petierit, aut si is, cujus ex parte res est, totam eam vel majore ex parte suam esse intenderit. vgl. Gaj. IV. 53.

[2]) Diese Meinung theilt Cujacius ad h. l. Tollit autem compensatio minuitve actionem ipso jure et ideo, qui totum petit a reo, cui et ipse vicissim aliquid debet, plus petit et hoc jure formula cadit. l. 4. D. de comp.

Desto mehr Worte haben diejenigen darüber verlieren müssen, welche den Satz: ipso jure compensatur anders als wir verstehen.

Bethmann-Hollweg, der die Compensation ope exceptionis geschehen läßt, und dem daher das plus petere anstößig ist, meint [3]), die Stelle sei von den westgothischen Compilatoren sehr verstümmelt; in ihrer ursprünglichen Gestalt habe sie von der compensatio und deductio des alten Rechts geredet, die der klagende argentarius oder bonorum emptor in die Klagformel habe einrücken müssen, und deren mangelhafte Beachtung in dem einen Falle als pluspetitio den Verlust des Processes für ihn zur Folge gehabt habe.

Hierwider hat Krug [4]) bemerkt, daß Paullus in der zweiten Person rede, wodurch von den Römern, wie durch unser „man" nur allgemein gültige Sätze bezeichnet werden. Hätte Paullus von dem argentarius sprechen wollen, so würde er gewiß debet, petit, cadit geschrieben haben, und dies wäre von den westgothischen Redactoren schwerlich verändert worden. Krug selber ist übrigens der Ansicht, das plus petere schließe nicht aus, daß ope exceptionis compensirt worden sei. Oder Paullus habe eine ganz besondere Ansicht über die Compensation gehabt, wonach derjenige, der ungeachtet der eingetretenen Compensation [soll heißen: ungeachtet einer compensabelen Gegenforderung] noch klage, eine wahre plus petitio begehe [5]).

Brinzens und von Scheurls Auffassung der Stelle ist bereits oben in den §§. 13. u. 14. besprochen und im Zusammenhange mit ihrer Darstellung des Satzes ipso jure compensatur überhaupt zu widerlegen versucht.

Es bleibt noch Dernburgs Erklärung unseres Bruchstückes

---

3) Rhein. Mus. Jahrgang I. p. 285. — vgl. oben § 12.

4) Die Lehre von der Comp. §. 18. p. 51. Note 109.

5) Derselbe §. 30. p. 89 f. Eigenthümlich ist die Bemerkung: „Vielleicht bediente sich Paullus (, der als ein Feind alles blos historischen Formenwesens in mehreren Fällen behauptete, auch solche Einwendungen, die auf anerkannten Grundsätzen der aequitas beruhen, müßten officio judicis berücksichtigt werden,) des zweideutigen Ausdrucks ipso jure (in l. 21. D. h. t.) geflissentlich, um mit dem Fehlschlusse: compensatio fit ipso jure (von selbst), ergo officio judicis, welcher so viele der neueren Juristen getäuscht hat, auch seine Zeitgenossen für seine Meinung zu gewinnen."

zu besprechen übrig [6]). Wenn die Compensation regelmäßig im Vortheile des Beklagten liege, so sei es doch auch denkbar, daß gerade diejenige Partei, welche klagend aufzutreten sich veranlaßt sehe, ein vorwiegendes, ja ein ausschließliches Interesse an der Compensation habe. Wenn man zwar anfangs dem Kläger als solchem die Compensation nicht gestattet habe, weil er durch Hereinziehen der Gegenforderung des Beklagten denselben gewissermaßen zwinge sein Recht geltendzumachen; so sei doch später mit dem Gedanken, daß auf die Compensation beiden Theilen ein Recht zustehe, dieser Anstand überwunden. In welcher Form aber habe der Kläger seinerseits die Compensation verwirklichen sollen? Etwa indem er seine Klagbitte nur auf den von ihm herausgerechneten Ueberschuß richtete? Allein, habe er mit einer condictio certi geklagt, so sei auch nur der Theil seiner Klagforderung, den er als Ueberschuß in die Intention gesetzt, gerichtlich untersucht und festgestellt; der andere, angeblich durch die Gegenforderung des Beklagten gedeckte Theil des Klaganspruchs aber wie diese unerledigt geblieben. Und doch habe der Kläger gerade bei der völligen Erledigung beider Ansprüche das gröste Interesse gehabt [7]). Diesem Uebelstande habe die römische Jurisprudenz abgeholfen, indem sie dem Kläger gestattet in eigenen Formen die Compensation durch den Richter gewissermassen anerkennen und damit auch die sich deckenden Beträge der Gegenforderungen einfürallemal abthun zu lassen. Diese Formen seien nach Analogie sowohl der actio cum deductione des bonorum emptor als der actio cum compensatione des argentarius gebildet worden. Beide haben neben einander so bestanden, daß der Kläger zwischen ihnen wählen dürfen. Doch habe die actio cum compensatione nur stattgehabt, wenn es sich um gleichartige Forderungen auf ein certum handelte; und ihre Erbittung sei nur räthlich gewesen, wenn der Kläger die Gegenforderung aufs genaueste gekannt

---

[6]) §. 23. p. 246 ff. §. 24. p. 250 ff.

[7]) Dernburg schweigt von dem Falle, wenn der Kläger eine actio incerta anstellt, worin er sein Klagpetitum auf den angeblichen Ueberschuß beschränkt. Nach den von ihm ausgesprochenen Grundsätzen über die condictio certi müßte behauptet werden, daß auch hier die Untersuchung über die Gegenforderung unterbliebe: die Hauptforderung anlangend würde der Kläger jedoch weit schlechter fahren, als in jenem Falle, weil sie ganz in judicium deducirt werden würde. Gaj. IV. 131. —

habe: denn nothwendige Folge der strengen Klage, die er sich erbeten, sei es gewesen, daß er bei dem geringsten Fehler die gänzliche Abweisung wegen pluspetitio erlitten. Dagegen habe er sich durch ebendiese strenge Klage alle die Vortheile erhalten, welche eine solche zu gewähren vermocht: das unverkümmerte Recht auf eine condemnatio certa, den sich daran knüpfenden Anspruch auf die sponsio tertiae partis, wo es sich um certa pecunia credita handelte.

Vor dieser actio cum compensatione nun spreche Paullus in dem in Rede stehenden Bruchstücke der Rec. Sent., nachdem er zuvor, in uns freilich verloren gegangenen Worten, der actio cum deductione gedacht habe. „Es wird auch", paraphrasirt Dernburg die uns erhaltene angebliche Fortsetzung, „dem Kläger die compensatio einer Schuld ex pari specie und caussa dispari gestattet; so kannst du (debes), wenn ich dir Geld schulde, und du mir welches schuldest oder Getreide oder ähnliche Dinge, obgleich sich hier verschiedene Contracte finden (nicht wie bei der Wechslerklage una caussa anzunehmen ist), sowohl compensiren als deduciren; bei der Compensation must du aber nicht nur die Condemnation [richtiger wohl: das Klagpetitum], sondern auch die intentio mindern; wolltest du hier deine ganze Forderung einklagen oder auch nur einen Heller zu viel fordern, so würdest du den Proceß plus petendo verlieren."

Soweit einstweilen Dernburg. Von dieser ganzen Auseinandersetzung darf nur Ein Punct zugegeben werden. Dies ist der Ausgangspunct, nämlich, daß die Compensation im Interesse der klagend auftretenden Partei liegen kann, z. B. wenn ihre Forderung unverzinslich, ihre kleinere Schuld verzinslich ist [8]). Und in der That hat man später dem Kläger als solchem die processualische Möglichkeit zu compensiren eröffnet, die ihm nicht von jeher gegeben war. Wir werden sehen, wie gerade auf diesen Satz die Erklärung der l. 21. D. h. t. sich stützt [9]).

---

[8]) Der Grund, daß es manchem Kläger empfindlich sei, infolge einer doli exceptio wenn auch nur zum Theil abgewiesen zu werden, dieser Grund freilich hätte bei den römischen Juristen schwerlich etwas ausgetragen.

[9]) Dagegen kann ich nicht einräumen, daß auch l. 22. D. und l. 5. Cod. eod. von der Compensation seitens des Klägers sprechen müssen. Es ist rich-

Allein sogleich was Dernburg über die Form sagt, worin der Kläger die Compensation herbeiführe, ist unhaltbar. Nicht nur, daß es uns an jeglichem positiven Anhaltspuncte dafür fehlt, — es läßt sich auch gegen jene analoge Anwendung der actio cum compensatione des argentarius und cum deductione des bonorum emptor ebendasselbe sagen, was oben in den §§. 13 und 14. bei der Widerlegung Brinzens und von Scheurls dawider gesagt ist. Jene Anwendung hätte durch das prätorische Edict bestimmt werden müssen; dieses ist seit der Revision unter Hadrian nicht mehr geändert; folglich kann jene Neuerung, die erst nach M. Aurelius möglich war, nicht darin vorgenommen sein. Man geht deshalb einen bedenklichen Weg, wenn man bei dem compensare unsrer Stelle an die actio cum compensatione, und bei dem deducere an die actio cum deductione denken möchte [10]).

Und vor allem kann ich mich nicht einmal von der Nothwendigkeit einer besondern Form überzeugen, in welcher der Klä-

tig, daß in der erstern Stelle der angeredete Schuldner compensiren will; aber wie dies nur denkbar sein soll, wenn er als Kläger mit einer größern Forderung auftritt und dabei seine Schuld sofort abziehen will — Dernburg p. 258. —, das sehe ich nicht ein. (Hasse, Arch. für civil. Pr. Bd. VII. p. 174. Note, ist hier ungenau, indem er zwar den Beklagten die Gegenforderung vorschützen läßt, ihm aber auch die Wahl unter den alternativ geschuldeten Gegenständen giebt.) Nach der andern Stelle scheint es mir, als ob der klagende Fideicommissar — a. M. Brinz, die Lehre p. 114. —, an der Zuläßigkeit der ihm vom Beklagten opponirten Gegenforderung zweifelnd, der Kaiser fragend angegangen sei. Namentlich scheint die verzinsliche beider Forderungen das Fideicommiß, nicht die Schuld des Fideicommissars zu sein. Petitio würde dann nicht eine erst anzustellende Klage, sondern die, statthafte, Klagbitte in einem bereits schwebenden Processe bedeuten, gerade wie in l. 4. Cod. eod. s. oben §. 23. Note 1. Ist dies richtig, so hätte man in der Stelle einen neuen Beweis dafür, daß eine compensabele Gegenforderung die Wirkungen der mora solvendi ausschließt; denn von einem Fideicommiß werden regelmäßig erst a die morae Zinsen geschuldet. l. 23. D. de legat. I. l. 3. pr. D. de usur. 22, 1. vgl. l. 3. D. 3. eod. l. 43. §. 2. D. de legat. II. l. 21. §. 2. D. de ann. legat. 33, 1.

[10]) vgl. auch Brinz, die Lehre p. 98. „Wenn wir sagen, deducere und deductione uti seien gleich, so könnten wir uns leicht geradeso irren, wie wenn wir in cernere die cretio erblicken wollten. Letzteres Wort wird nur von der Anordnung des Testators, ersteres nur von der Handlung des Erben gebraucht. vgl. Gaj. II. 167. mit 170.“

ger compensirt haben müste. Indem er compensirte, tilgte er sowie die Forderung seines Gegners auch den durch dieselbe gedeckten Betrag der seinigen; und indem er nun seine auf den Rest gerichtete Klage auch ihrem Umfange nach begründete, fand er Gelegenheit den Richter zur Untersuchung des ursprünglichen Betrages seiner wie des Betrages der Gegenforderung zu veranlassen, deren Vergleichung dann mit Nothwendigkeit über die Richtigkeit seiner Klagbitte entschied.

Sodann muß auf das allerentschiedenste geleugnet werden, daß Paullus in unserer Stelle eine solche im Interesse des Klägers vorzunehmende Compensation im Auge habe. Die von Dernburg dafür in den Worten der Stelle gesuchten Gründe sind offenbar unhaltbar. Daraus, daß Paullus in dem letzten Theile der Stelle von dem Kläger redet, folgt nicht, daß der an die Spitze gestellte, scheinbar ganz allgemeine Satz: compensatio debiti admittitur von der im Interesse des Klägers von diesem vorzunehmenden Compensation handele. Es steht nichts im Wege ihn ganz allgemein von jeder, sowohl der im Interesse des Klägers als der im Interesse des Beklagten stattfindenden Compensation zu verstehen, deren Statthaftigkeit gegenüber einer condictio certi wegen der Gefahr des plus petere eine große Vorsicht für den Kläger nothwendig macht. Und dies ist es, was Paullus veranlaſt sich an den Kläger zu wenden; was der Beklagte zu thun habe, ist bekannt genug und ohne derartige Gefahr. — Das admittitur ferner verneint, wie bereits oben §. 8. Noten 21 und 22. gezeigt ist, die Nothwendigkeit der Compensation keinesweges. Das compensatio debiti endlich kann von der durch den Beklagten vorgenommenen Compensation ebensowohl gesagt werden als von der durch den Kläger vorgenommenen. Denn bei jeder Compensation wird als Gegenstand hüben und drüben creditum und debitum vorausgesetzt.

Zwei Umstände endlich sprechen schlagend gegen Dernburg. Der eine ist das si totum petas. Es ergiebt sich unmittelbar, daß der Kläger unmöglich den ganzen Betrag seiner ursprünglichen Forderung einklagen kann, wenn er in eigenem Interesse die, mithin wenn nicht in ihrem vollen, doch wenigstens in einem gewissen Umfange von ihm anerkannte, Forderung des Beklagten von der

seinigen abgesetzt hat [11]). — Diese Schwierigkeit hat Dernburg gefühlt. Und wie hat er sie zu beseitigen versucht? Das mögen seine eignen Worte lehren. „Es ist nicht unwahrscheinlich, daß Paullus einst statt der Worte si totum petas, die unter allen Umständen nicht genau sind, wie Gajus geschrieben hat, si plus uno nummo petas, plus petendo caussa cadas.“

Die Worte si totum petas sollen unter allen Umständen nicht genau sein. Nicht genau? — Mir scheint das so richtig wie etwas, daß, wer mit einer condictio certi klagt ohne irgend eine Notiz von der compensabelen Gegenforderung zu nehmen, plus petit und infolge davon caussa cadit. Aber freilich auch derjenige, der bei einer solchen Klage die Gegenforderung zwar berücksichtigt, jedoch nicht genügend berücksichtigt, macht sich einer pluspetitio schuldig. Und diesen Fall erwähnt Paullus in jenen Worten so wenig als sonst. Nicht erschöpfend, das wäre also die richtige Bezeichnung. Und das scheint mir eben kein großer Vorwurf für Paullus, namentlich nicht in den Sententiae, zu sein. Denn was er nicht ausgedrückt hatte, das konnte sich jeder Leser mit einigem Nachdenken selbst ergänzen. Lag der Grund des rechtlichen Nachtheils einer völligen Nichtberücksichtigung der Gegenforderung bei einer condictio certi in dem plus petere: so war dieser selbe Grund vorhanden bei einer nicht genügenden Berücksichtigung; und da gleiche Ursachen gleiche Wirkungen haben: so war mit der Entscheidung für jenen nothwendig auch die Entscheidung für diesen Fall gegeben.

Nur wenn Paullus in der Stelle das hätte sagen wollen, was Dernburg hineinliest: dann hätte er so nicht schreiben können, wie wir jetzt lesen. Oder die Worte wären nicht blos genau; sie wären geradezu widersinnig. Es sind also nicht die Worte, welche die Annahme einer Aenderung nothwendig machen, sondern es ist Dernburgs Versuch dieselben zu erklären, der dieser Annahme bedarf.

Das aber, was Dernburg als ursprüngliche Worte des Paullus annimmt, erscheint vollends unhaltbar. Es soll nicht un-

[11]) Brinz und von Scheurl sind von diesem Vorwurf frei. Denn nach ihnen wäre die actio cum compensatione nur die nothwendige Form der Klage, während der Anschlag der Gegenforderung in der Willkür des Klägers steht und folglich ad nihilum gemacht werden kann. s. oben §. 15.

wahrscheinlich sein, daß Paullus ähnlich wie Gajus geschrieben habe, si plus nummo uno petas, plus petendo caussa cadas. Warum aber, frage ich, warum soll es denn wahrscheinlich sein, daß er so geschrieben? Und zu einer Antwort darauf zu gelangen, muß ich gestehen, finde ich keine Spur. Noch weniger jedoch, weshalb die Westgothen das geändert haben sollten. „Sie wollten aus jener besondern Bestimmung ein allgemeines Gesetz für die Compensation machen.“ Das heist, wo ichs recht verstehe, während Paullus blos von der Compensation im Interesse des Klägers geredet hätte, dem in solchem Falle ohne Zweifel zugemuthet werden durfte, daß er seine Schuld aufs genaueste kannte; dehnten die Westgothen jene Worte auch auf den Fall aus, da die Compensation im Interesse des Beklagten geschah. Auch in diesem Falle sollte der mit einer condictio certi Klagende, welcher die gleichartige Gegenforderung des Beklagten nicht abgesetzt hätte, nach dem Willen der Westgothen, einer pluspetitio sich schuldig machen. „Dabei konnten sie freilich dem Kläger nicht zumuthen, die Gegenforderungen auf Heller und Pfennig anzugeben.“ Aber wie weit, wollten sie denn, daß der Kläger die Gegenforderung genau angäbe? oder ließen sie die Nachtheile des plus petere nur dann eintreten, wenn der Kläger gar nichts abgesetzt hatte? während er dagegen völlig ohne Nachtheil davon kam, falls er nur Einen Heller abgesetzt hatte? — In welche unsägliche Verlegenheit oder zu welcher unausstehlichen Willkür hätte wohl ein westgothischer Richter kommen müssen, wenn die Compilatoren der lex romana in der That Dernburgs Ansicht über die Compensation gehabt hätten! — Doch sei dem, wie ihm sei: „Sie musten jene nummi schon deswegen streichen, weil sie andre Münzen benutzten.“ Das wäre allerdings ein triftiger Grund, wenn nur 1) nummus eine bestimmte Münze heißen müste, und nicht ein Stück geprägten Geldes überhaupt bedeutete [12]); 2) die Westgothen sich nicht der römischen Münzen

---

[12]) s. Forcellini ad h. v. nummus. νόμισμα = pecunia signata, moneta, numisma. Varro ling. lat. 4, 30. In argento nummi: id a Siculis. Ex allatis Varronis verbis colligi videtur, nummum primo et proprie dici de pecunia argentea. Passim tamen de quacunque dicitur. Cic. ad Att. 5, 21. med. Inv. 2; 4, 14. ad Att. 6, 1. med. pp. — Speciatim dicitur de pecunia usitatissima Romanis, quae alio nomine sestertius vel conjuncte

fortdauernd, und zwar in der Art bedient hätten, daß sie dieselben bis gegen Ende des 6. sec. einfach nachahmten [13]); und deshalb die Ausmerzung des Wortes nummus so wenig nothwendig gewesen wäre, daß 3) in Paull. Rec. Sentent. selbst an folgenden Stellen dasselbe stehen geblieben ist:

III. 6, §. 1. de legatis. Per praeceptionem uni ex heredibus nummi legati, qui domi non erant, officio judicis familiae erciscundae a coheredibus praestabuntur.

In der interpretatio hierzu ist der Ausdruck sogar neu aufgenommen, wo er doch leicht hätte vermieden werden können.

Si testator uni ex heredibus pecuniam, quam in substantia non reliquit, dari praeceperit, nummi, qui in legato relicti sunt, legatario tempore divisionis a coheredibus implebuntur.

und

V. 25, 1. ad leg. Cornel. testament. — quive nummos aureos, argenteos adulteravit pp. —

Vielleicht noch entscheidender widerlegt der zweite Punct Dernburgs Darstellung: die Worte compensare vel ducere debes. — Wie muß Dernburg dieselben übersetzen? „Du kannst — sowohl compensiren als deduciren!" womit unzweifelhaft eine bloße facultas ausgedrückt sein soll [14]). Debere als

---

nummus sestertius appellatur. — Item de nummo aureo Graecorum. — item de denario. u. s. w. — s. auch Brisson.

[13]) s. Description de la collection de Médailles antiques — par J. P. Meynaerts de Louvain. Gand. 1852. — Médailles des rois visigoths. p. 121. — „Les Visigoths contrefirent, dès la première moitié du V. siècle, les monnaies impériales; mais Leuvigilde 572—585 [al. 568—586] fut leur premier roi qui fit battre de la monnaie à son effigie et à son nom." — Barthelemy, Manuel de numismatique. Paris. (s. a.) 12. p. 365. unten.

[14]) Unwillkürlich fällt mir bei dieser Uebersetzung eine alte Geschichte aus meiner Vaterstadt Hannover ein. Ein Dorfschulmeister kömmt eines Tages mit seinem Sohne dorthin. Wie sie die Georgstraße entlang schlendern, liest der Junge am Giebelsims der dieser Straße zugekehrten Hinterseite des damaligen Hauses der calenberg-grubenhagenschen Landschaft (des jetzigen Hauses der allgemeinen Ständeversammlung des Königreichs) die (jetzt nicht mehr vorhandene) Inschrift: Posteritati. Vater, sagt er, was heißt das? — Das heißt Hinterhaus, mein Sohn. — Darauf gehen sie über die Osterstraße; und vom Giebelfelde der dorthin gewandten Vorderfronte des Hauses syllabirt der Sohn abermals das (jetzt dort gleichfalls verschwundene) Wort: Posteritati. Vater,

s. g. Hülfszeitwort bezeichnet nie etwas Anderes als eine Nothwendigkeit. Nur freilich, daß diese Nothwendigkeit sehr verschiedener Art sein kann: bald eine physische, bald eine logische, bald eine moralische, bald eine rechtliche, bald eine gesellschaftliche; bald eine absolute, bald eine relative; bald eine direct, bald eine indirect wirkende, und das letzte wiederum bald durch Furcht vor einem nur so zuvermeidenden Uebel, bald durch Aussicht auf einen nur so zuerreichenden Erfolg u. s. w. — aber immer ist sie nöthigend, immer Nothwendigkeit[15]. Und so dürfte sich schwerlich irgend Eine Stelle aufweisen lassen, worin nicht das debere als Hülfszeitwort diesen Grundgedanken einer nöthigenden Kraft enthielte. Wenn also die hie und da z. B. selbst in der Ausgabe des Brissonius de Verb. Signif. sub h. v. von Heineccius sub 6.[16], bei Cujacius Obs. 13, 17., im Thesaurus Linguae Latinae Lugd. 1573. und sonst sich findende Bemerkung: d e b e t aliquando pro p o t e s t usurpatur — his verbis d e b e r e et p o s s e utuntur promiscue auctores nostri — d e b e o pro p o s s u m — auf den i n n e r n Sinn, die eigentliche M e i n u n g des Wortes debere gehen sollte: so wage ich sie für durchaus verkehrt zu erklären. Man sehe auch nur die zum Beweise aufgeführten Stellen an, und man wird sich über-

---

sagt er, heißt es denn hier auch Hinterhaus? — Nein, mein Sohn; hier muß das Wort wohl in seiner andern Bedeutung stehen: hier heißt es V o r d e r h a u s. —

Es ist geradezu undenkbar, daß die lateinische Sprache Ein und dasselbe Wort sowohl zur Bezeichnung der Nothwendigkeit als zur Bezeichnung der Freiheit, des Vermögens gebrauchte. — Dernburg aber würde sogar genöthigt sein dasselbe debes, das er in des Paullus eignem Munde durch „d u k a n n s t“ übersetzt, im Sinne der westgothischen Compilatoren, nach seiner Auffassung, wonach diese „aus jener Bestimmung ein allgemeines Gesetz für die Compensation machen wollten“, durch „d u m u ß t, d u b i s t v e r p f l i c h t e t“ wiederzugeben.

[15]) Jo. M. Gessner, Novus linguae et eruditionis romanae thesaurus. Lips. 1749. drückt dies sub 2. so aus: Cum infinitivo jungitur (sc. verbum debere) ad quamcunque non necessitatem modo, sed officium, decentiam, verisimilitudinem, significandam

[16]) Brissonius selber scheint übrigens davon frei zu sein; noch die Ausg. Francof. 1587. hat nichts dergleichen; die letzte der von ihm selbst besorgten Ausgaben, die nach seinem Tode Paris 1596 erschienen ist, kenne ich freilich nicht.

zeugen, daß in jeder einzelnen das debere auf eine Nothwendigkeit hinweist [17]. Damit soll jedoch nicht in Abrede gestellt wer-

---

[17]) Ganz unmittelbar ergiebt sich dies bei folgenden bei Brisson. c. l. ed. Hein. angeführten Stellen: l. 9. D. de auro et arg. leg. 34, 2. l. 2. D. an per alium causs. app. 49, 9. l. 8. §. 3. D. legat. II. l. 1. pr. D. de hered. inst. 28, 5. l. 1. Cod. de furt. 6, 2. l. 3. Cod. de pign. 8, 14. l. 4. Cod. de fide instr. 4, 21. l. 1. §. 21. D. quando app. 49, 4. l. 29. §. 3. D. de legat. III. — In l. 45. D. ad SC. Trebell. 36. 1. liegt erkennbar genug das zwingende Moment in dem desiderium fidum obsequium defuncti precibus praebere; — in l. 2. §. 31. D. ne quid in loco publ. 43, 8. soll mit dem in futurum nocere debeant mehr als die entfernte Möglichkeit des Schädlichwerdens, nämlich die aus den Umständen sich ergebende Gewißheit, also die physische Nothwendigkeit bezeichnet werden; in l. 4. §. 6. D. de off. procons. 1, 16. soll mit dem debet, wie durch die Verweisung auf l. 6. §. 1. eod. (wohl so, nicht wie in der ed. cit. und ebenso in der Ausg. ex analectis J. O. Taboris a J. Chr. Ittero. Francof. 1683. Lips. 1721. fälschlich steht l. 6. §. 1. de off. praes.) angedeutet zu werden scheint, nicht ausgedrückt werden, daß der Proconsul seine Jurisdiction mandiren müsse, was allerdings falsch wäre; sondern daß er, wenn er sie überhaupt mandiren wolle, dies thun müsse, nachdem er die Grenze seiner Provinz überschritten habe. Wie dieser Sinn durch die Stellung der betonten Worte ingressus provinciam an den Anfang des Satzes sich ergiebt, so wird er vollends gewiß dadurch, daß im Gegensatze dazu in l. 5. eod. gesagt wird: Aliquando mandare jurisdictionem proconsul potest, etsi nondum in provinciam pervenerit. — Wenn endlich unter 7. der ed. Hein. behauptet ist: Et hinc debet aliquando consilii verbum est ut in §. 5. (nicht 3. wie Dernburg p. 256. Note 2. hat) J. quod cum eo. 4, 7. — so ist auch hierauf einfach zu erwidern, daß die Zweckmäßigkeit einer Handlung, wenn man den bestimmten Zweck am sichersten, vollständigsten, leichtesten erreichen will, auch eine Nöthigung ist diese Handlung vorzunehmen. Auch anderswo wird eine solche Zweckmäßigkeit von den Römern geradezu als eine Art der Nothwendigkeit, die ja nicht immer eine unausweichliche ist, aufgefaßt; sehr schlagend scheint mir hierfür z. B. sogleich l. 3. D. de comp. Ideo necessaria est compensatio, quia interest nostra potius non solvere quam solutum repetere. s. dazu Raph. Fulgosius. Comm. in Dig. vet. Lugd. 1544. Necessaria i. e. utilis. l. 11. §. 1. D. de pecul. 15, 1. deduci oportebit. vgl. §. 3. §. 6. eod. Quod autem deduci debere diximus id, quod debetur ei, qui de peculio convenitur: ita accipiendum est, si non hoc aliunde consequi potuit. l. 27. §. 1. eod. (Vielleicht ist übrigens hier debere vom Standpuncte des Klägers aus gesagt und bezeichnet demnach dessen Verpflichtung sich den Abzug gefallen zu lassen. vgl. l. 31. §. 2. D. de H. P. s. Note 19.) s. auch §. 7. J. de V. O. 3, 15. — In §. 3. J. 2, 16. bezeichnet es wohl mehr eine moralische Verpflichtung. vgl. Schrader ad h. l. adv. vulgarem — facere — debet] (Die erste der in den Edd. citt. angeführten Stellen, l. 1. D. de penu leg. 33, 9. ist offenbar falsch citirt.) —

den, daß wir im Deutschen wohl einmal das debere anders als durch müssen, sollen, brauchen u. s. w. übersetzen können. Ja, da Fälle denkbar sind, in denen die bloße Möglichkeit eine Nothwendigkeit einschließt, mit jener also zugleich diese verneint ist; so ist es sogar denkbar, daß wir anstatt mit den Römern die Nothwendigkeit zu verneinen die Möglichkeit verneinen, d. h. non debere mit nicht können wiedergeben [18]. Weit häufiger noch ist es, daß wir, wenn das von debere abhängige Verbum mit einer Verneinung steht, z. B. debeo non saltare — debere non mit nicht dürfen übersetzen. Aber wer sieht nicht, daß auch mit diesem Worte eine Nothwendigkeit ausgedrückt wird, freilich eine zu einer Unterlassung nöthigende [19]?

Cujacius macht jene Bemerkung bei Gelegenheit von l. 5. §. 1. de pec. constit. 13, 5. Julianus legatum Romae constituentem, quod in provincia acceperat, putat conveniri debere etc. Nun glaube ich zwar auch nicht, daß der Legat durchaus in Rom belangt werden müsse; allein darum heißt debere noch nicht posse. Ja, wenn stünde: creditor legatum convenire debet. So aber will Julian einfach sagen: Der Legat ist schuldig sich in Rom belangen zu lassen, d. h. er hat mit dem Constitutum auf sein jus domum revocandi verzichtet.

Auch die im Thesaur. cit. allegirte Stelle, Cic. ad Att. VIII. 16. Neque enim suspicari debui beweist nichts. Cicero sagt, es könne ihn kein Vorwurf treffen, dies und das nicht vermuthet zu haben, da kein zwingender Grund es zu vermuthen vorgelegen habe.

[18]) So z. B. in Cic. Ep. ad Att. VIII. 16. cit. läßt sich das Neque enim suspicari debui sehr wohl übersetzen: „Denn ich konnte nicht ahnen", weil nämlich jede Wahrscheinlichkeit der Vermuthung ein zwingender Grund gewesen wäre sie zu haben.

[19]) Soweit Krug, Die Lehre. §. 17. p. 47. Note 100. etwa Fälle dieser Art im Sinne gehabt hat, wenn er bemerkt, debere heiße bei späteren Schriftstellern (aber auch schon bei früheren s. z. B. Horat. Sat I. 3, 43 f. At pater ut gnati, sic nos debemus amici si quod sit vitium non fastidire.) oft dürfen, kann ich ihm nur zustimmen. In den von ihm zum Belege seiner Behauptung angeführten §§. 1 und 2. der l. 31. D. de H. P. 5, 3. steht freilich die Negation bei dem debere, nicht bei dem von diesem abhängigen Worte. Wäre also genau gesprochen, so würde hier nicht die Nothwendigkeit des Nichtabzuges behauptet, sondern die Nothwendigkeit des Abzuges verneint. Allenfalls ließe sich zwar auch dies rechtfertigen, so daß hoc deducere non debebit im §. 1. hieße: dies abzuziehen ist er nicht genöthigt. Nämlich so. Ist der Abzug der eignen Forderung dem Erben vortheilhaft, so muß ihn der pro possessore besitzende Beklagte machen; ist er dem Erben nicht vortheilhaft, so könnte man sagen, muß ers nicht. Ob ers darf, ist eine andere Frage.

Und so bedeutet ohne Frage auch in unsrer Stelle aus den Rec. Sent. das compensare vel deducere debes nichts Anderes als die Verpflichtung des Klägers zu compensiren oder zu deduciren.

Es bleibt nunmehr zur völligen Erklärung des in Rede stehenden Bruchstücks nur eine Bemerkung übrig über den Unterschied der darin gebrauchten Ausdrücke compensare und deducere. Denn, daß ein solcher anzunehmen sei, bedarf wohl keiner Erörterung, wenn auch das deducere nur die genauere Bezeichnung für eine in dem allgemeineren compensare inbegriffene Handlung sein könnte. — Und da scheint es mir das Angemessenste mit Brinz [20]) das deducere in seiner unmittelbaren, natürlichen Bedeutung als „abziehen", „absetzen" zu nehmen, wie es so oft gebraucht wird [21]). Es wird also damit die Handlung des Compensirens bezeichnet, sofern man vermöge derselben zu dem bestimmten Ergebnisse gelangt, wie groß der Ueberschuß der einen über die andre Forderung sei. Dies Ergebniß hat aber für den Klag-

---

Vielleicht könnte man das non debebit auch als Gegensatz zum debebit im §. 2. auffassen. Justus autem possessor dubio procul debebit deducere, quod sibi debetur, nämlich falls er auf dem kürzesten Wege seine Forderung erhalten will; der praedo muß dies nicht, weil ers sogar nicht darf, da er von seinem widerrechtlichen Besitze nicht einmal einen thatsächlichen Vortheil haben soll. Allein weit natürlicher und richtiger scheint es mir anzunehmen, daß der Jurist das non ungenau zu debere gesetzt habe, da es doch eigentlich zu deducere gehört. Und dann hat Krug recht das non debere mit nicht dürfen zu übersetzen. vgl. l. 38. eod. non enim debet petitor ex aliena jactura lucrum facere. l. 39. §. 1. eod. l. 9. §. 7. l. 11. §§. 3. 7. D. de pecul. 15, 1. l. 16. pr. §. 3. D. de minor. 4, 4. (s. oben §. 10. p. 100. Note 30.) §. 8. J. de mand. 3, 26. l. 6. §. 1. D. de off. procons. 1, 16. l. un. Cod. de pecul. ejus qui libert. 7, 23. l. 35. §. 1. D. de R. V. 6, 1. l. 16. §. 2. D. quod met. causs. 4, 2. u. s. w.

[20]) Brinz, die Lehre p. 98 f.

[21]) z. B. bei Gelegenheit der actio de peculio, bei welcher der paterfamilias oder dominus den Betrag seiner Forderungen an den filiusfamilias oder servus vom Betrage des diesem concedirten Peculiums absetzt — deducit. s. l. 4. §. 4. l. 5. §. 4. l. 9. §§. 2. 4 5. 6. 7. 8. D. de pecul. 15, 1. und passim. Es kömmt auch der Ausdruck deductio von dieser Handlung des Absetzens vor z. B. in l. 11. §§. 3. 8. l. 14. §. 1. eod. Und so ist er auch in l. 15. D. rat. rem. hab. 46, 8. für das justinianeische Recht zu verstehen. Auch in l. 11. pr. Cod. depos. 4, 34. s. unten Note 25. — Ferner l. 39. §. 1. D. de V. S. 50, 16. u. s. w. s. Brisson. sub h. v. Ed. Heinecc. No. 13.

lustigen nur dann praktische Bedeutung, wenn er mit einer condictio certi den gefundenen Ueberschuß einklagen will; und zwar genügt es hierbei natürlich nicht einen Ueberschuß überhaupt, sondern den richtigen, jedenfalls keinen zu großen Ueberschuß gefunden zu haben, weil sonst der Nachtheil des pluspetere gerade so gut eintritt, als wenn er gar nichts abgesetzt hätte. Im Gegensatze zu dem deducere bezeichnet das compensare, welches an sich die Handlung des Gegeneinanderaufwägens zweier Forderungen im allgemeinen bedeutet und somit das deducere einschliest, ein Gegeneinanderaufwägen, sofern es dabei zunächst nicht auf das Ergebniß eines bestimmten Ueberschusses ankömmt. Die vorzüglichste Anwendung des deducere wird nun im ersten Unterfalle des ersten der oben angegebenen Hauptfälle eintreten, d. h. da, wo Klagforderung und Gegenforderung auf ein certum gerichtet sind. In dem andern Unterfalle desselben Hauptfalls aber, wo nur die Klagforderung auf ein certum geht, würde es höchst lästig für den Kläger gewesen sein, wenn er vonvornherein die auf ein incertum gerichtete Gegenforderung genau hätte ausrechnen müssen, um sie zur Vermeidung der pluspetitio von der seinigen abzusetzen. Ich glaube daher, daß er hier wie in ähnlichen Fällen aus einer obligatio certa eine actio incerta erhalten konnte. Man vergegenwärtige sich nur den Fall des Legats einer bestimmten Summe, das möglicherweise dem Abzuge der Quart unterliegt. Hier ist es regelmäßig für den Legatar unthunlich behufs der Berechnung der Quart die Erbschaftsverhältnisse aufs genaueste zu durchforschen; — soll er da die Gefahr der pluspetitio unvermeidlich laufen, wenn der Erbe nicht gutwillig erfüllt? Das ist undenkbar. Wie man im Falle eines Vindicationslegates unter gleichen Umständen half, ist uns mitgetheilt in l. 76. §. 1. D. de R. V. 6, 1. (Gaj.) Incertae partis vindicatio datur, si justa caussa interveniat. Justa autem caussa esse potest, si forte legi Falcidiae locus sit in testamento, propter incertam detractionem ex legatis, quae vix apud judicem examinatur: justam enim habet ignorantiam legatarius, cui homo legatus est, quotam partem vindicare debeat. itaque talis dabitur actio. eadem et de caeteris rebus intelligemus.

und l. 8. §. 1. D. comm. divid. 10, 3. (Paull.) Si incertum sit, an lex Falcidia locum habeat, inter legatarium et heredem communi dividundo agi potest: aut incertae partis vindicatio

datur. Similiter fit, et si peculium legatum sit: quia in quantum res peculiares deminuit id, quod domino debetur, incertum est.

Es wird hiernach ausnahmsweise die vindicatio incertae partis verstattet: obwohl es sonst heißt: Si in rem aliquis agat, debet designare rem, et utrum totam, an partem et quotam petat [22]). Sollte nun der Schluß nicht erlaubt scheinen, daß, wenn auch nur ausnahmsweise, aus einer obligatio certa mit einer actio incerta geklagt werden dürfte [23])? — Und daß die fragliche Ausnahme, wenn es bei persönlichen Klagen überhaupt eine ausnahmsweise Möglichkeit ist, nicht auf den Fall der lex Falcidia eingeschränkt werden müsse: das ergiebt sich gewiß wiederum nach Analogie der Gestattung einer vindicatio incertae partis, deren Voraussetzung eine justa caussa ist, die sich auch anderswo findet, z. B. im Falle der l. 3. §. 2. D. de R. V. 6, 1. [24]). Ich denke mir danach z. B. die Klage aus einem Darlehen, dem eine compensabele obligatio incerta gegenübersteht, etwa so: Quod A^s^ A^s^ N^o^ N^o^ C. mutuo dedit, quidquid ob eam rem N^m^ N^m^ A^o^ A^o^ dare facere oportet, etc. —

Und ein solcher Fall wird es gewesen sein, den Paullus bei den Worten compensare debes im Auge gehabt hat. Denn, wo die Klagforderung vonvornherein auf ein incertum geht, da läuft der Kläger nicht die mindeste Gefahr, wenn er selbst an die Gegenforderung bei Anstellung der Klage gar nicht denkt. Er ist nur verpflichtet sich die Compensation gefallen zu lassen, wel-

---

[22]) l. 6. D. de R. V. 6, 1. (Paull.)

[23]) Möglicherweise wäre es übrigens geradezu dieses, was Paullus Rec. Sent. 3; 8, 2. ad leg. Falcid (abgedruckt oben §. 7. p. 65.) meint. Man faßt jedoch wohl richtiger die Form, in welcher die Berechnung der Quart der hier besprochenen richterlichen Thätigkeit unterstellt wird, als das Verfahren auf, von dem l. 1. §. 6. D. si cui plus quam per leg. Falcid. 35, 3. redet. Allein wäre dies Verfahren nothwendig gewesen, so hätte auch eine incertae partis vindicatio nicht vorzukommen brauchen.

[24]) (Ulpian.) Pomponius scribit, si quid, quod ejusdem naturae est, ita confusum est, atque commixtum, ut deduci et separari non possit: non totum, sed pro parte esse vindicandum. utputa meum et tuum argentum in massam redactum est: erit nobis commune et unusquisque pro rata ponderis, quod in massa habemus, vindicabimus: etsi incertum sit, quantum quisque ponderis in massa habet.

che der Beklagte vornimmt; man kann deshalb von ihm nicht wohl sagen: compensare debet. Geht dagegen sein Anspruch auf ein certum, so muß er die Gegenforderung bei Vermeidung der pluspetitio in jedem Falle berücksichtigen: aber er braucht nicht immer selber durch Absetzen ihres Betrages vom Betrage seiner Forderung den Ueberschuß herauszurechnen (deducere); es genügt, wenn er den möglichen Einfluß der Gegenforderung auf die seinige in der unbestimmten Fassung seiner Klage anerkennt; denn schon dadurch werden beide Forderungen in das Verhältniß des gegenseitigen Aufwägens gebracht, compensirt [25]).

---

[25]) Brinz, c. l. p. 99. und Note 13c. versteht das deducere von jeder gerichtlichen Compensation. Und dies ist von seiner Annahme, der Verallgemeinerung der Argentarienklage, aus, welche stets auf ein certum ging, nur folgerichtig. Nun soll aber das compensare im Gegensatze dazu die außergerichtliche Compensation bedeuten. Dies ist mir schon deshalb nicht wahrscheinlich, weil auch die außergerichtliche Compensation für die Parteien nur insofern von Bedeutung ist, als es dabei zu einem Abrechnen, Voneinanderabsetzen der Forderungen kömmt: und dies ist eben wieder das deducere. Dann aber scheint es mir natürlicher, das si totum petas nicht, wie Brinz will, blos im Gegensatze zum deducere, sondern auch zum compensare zu fassen: und das würde nicht zu der außergerichtlichen Compensation stimmen. Denn, wenn es zur Klage kömmt, würde es keinen Unterschied machen, ob außergerichtlich bereits compensirt ist oder nicht. –

v. Scheurl c. l. p. 163 f. erklärt den Gegensatz beider Wörter so, daß compensare die Form der actio cum compensatione, deducere die formlose Beschränkung der intentio certa auf den Ueberschuß sei, zwischen welchen beiden Wegen der Kläger die Wahl habe. Ich sehe dabei nur nicht ein, weshalb die Römer diese Wahl gelassen haben sollten: mir scheint die actio cum compensatione, abgesehen davon daß die Beweise ihrer Ausdehnung fehlen, hier jedenfalls völlig überflüssig. —

Krug c. l. §. 32. p. 99. Note 198. meint, deducere bezeichne die Compensation, bei welcher ein Ueberschuß bleibe. Das möchte mit der andern Stelle, welche Krug dafür allegirt — l. 15. D. rat. rem. 46, 8. –, wennschon es irrelevant wäre, sich vielleicht vertragen; allein schwerlich mit der unsrigen, in der, wie bemerkt, das si totum petas, welches als Gegensatz ein reliquum petere voraussetzt, auch auf das compensare zu beziehen ist.

Nach der im Texte angegebenen Unterscheidung verstehe ich auch l. 11. pr. Cod. depos. 4, 34. Die hierhergehörigen Worte heißen im Zusammenhange so: Si quis vel pecunias vel res quasdam per depositionis acceperit titulum, eas volenti ei, qui deposuit, reddere illico modis omnibus compellatur: nullamque compensationem, vel deductionem vel doli exceptionem opponat pp. Die compensatio, deductio, doli ex-

Ein Zweifel ist nur noch etwa der folgende. Bei diesem letzteren Verfahren wird es zur Berücksichtigung beider Forderungen und ihrer gegenseitigen Abrechnung in judicio natürlich nur dann kommen, wenn entweder der Kläger oder der Beklagte den darauf gerichteten Willen auch vor dem Richter erklärt. Dies wird freilich regelmäßig geschehen, weil ein Theil Interesse an der Compensation hat; allein denkbar wäre allerdings, daß eine desfallsige Erklärung und folgeweis die richterliche Vergleichung der Forderungen unterbliebe, sollte es auch nur aus Versehen sein. Könnte man nun in solchem Falle sagen: der Kläger compensire schon, indem er sich die formula incerta ausbitte? denn dies habe doch nicht die geringste praktische Bedeutung. Ge-

---

ceptio entsprechen den verschiedenen modi, in denen der Deponent die Rückgabe erzwingen kann. Das compensatio beziehe ich danach auf die actio depositi selber, wie denn in l. ult. §. 1. Cod. de comp. 4, 31. und in §. 30. J. de act. 4, 6. gegenüber dieser dort ausdrücklich genannten Klage stets nur die Zulässigkeit der compensatio verneint wird. Die doli exceptio, die Einrede der Retention, könnte man allenfalls auch auf die actio depositi beziehen, obwohl hier eine eigentliche exceptio unnöthig ist; natürlicher scheint es mir deshalb sie von einer rei vindicatio zu verstehen, mit welcher der Deponent die deponirte Sache zurückfordert. Und die deductio endlich beziehe ich auf den Fall, da der Depositar mit einer condictio certi belangt wird, seis weil er die deponirte Sache verausgabt oder verzehrt oder vernichtet hat — l. 13. §. 1. D. depos. 16, 3. — seis aus einem depositum irregulare namentlich von Geld. Denn auch im letzten Falle sind die Voraussetzungen einer condictio da. — s. v. Savigny Syst. Bd. V. Beil. 14. Die Condictionen. VI. p. 518. — Justinian will also sagen: Mit welcher Klage auch immer die deponirte Sache zurückgefordert wird: sie soll unter keinem Vorwande und in keiner Form zurückgehalten werden. —

Nun bleibt noch zu erwähnen, daß in l. 15. D. rat. rem. 46, 8. und in l. 11. pr. Cod. depos. cit. die compensatio und deductio als vom Beklagten ausgehend betrachtet werden, während in Rec. Sent. 2; 5, 3. der Kläger es ist, der compensare vel deducere debet. Man hat sich unter dem opponere deductionem, uti deductione wohl zu denken, daß der Beklagte gegenüber einer obligatio certa spätestens in jure einen Gegenanspruch erhebt, den der Kläger als ein certum deducirt. Das compensationem opponere, compensatione uti würde dann sowohl den diesem entsprechenden Fall begreifen, wo der Beklagte gegenüber einer obligatio certa sich auf eine compensabele obligatio incerta beruft und so den Kläger zur compensatio nöthigt; als den andern, wo er mit einer actio incerta belangt wird, und seine Gegenforderungen nur auf die materielle Rechtsverfolgung des Klägers Einfluß äußern.

schehe die Compensation nicht vielmehr erst in judicio? Hiergegen ließe sich zur Noth zwar erwidern: der Kläger compensire selbstverständlich nur unter der Voraussetzung, daß die Bedingungen der Compensation, namentlich also eine Gegenforderung, dasein. Werde aber eine solche in diesem Processe von keiner Seite erwähnt, so gelte sie nach dem Grundsatze: quod non est in actis non est in mundo — für diesen Proceß als nicht vorhanden: folglich sei gar kein Object der klägerischen Compensation vorhanden. Indessen diese Ausflucht scheint mir nicht weniger unnöthig, als sie spitzfindig ist. Der Umstand, daß die von dem Kläger bei der Erbittung der formula incerta vorgenommene Compensation nicht immer praktisch weiter in Frage kömmt, bewirkt dennoch keineswegs, daß dieselbe keine Compensation sei: ebensowenig als der Umstand, daß eine geschehene Zahlung einmal bei der trotzdem erfolgenden Ausklagung der durch sie getilgten Schuld nicht zur richterlichen Kenntnißnahme gelangt, zu bewirken vermag, daß dieselbe aufhöre Zahlung und als solche Tilgung der Obligation zu sein. Denn etwas Anderes ist die Existenz, etwas Anderes die schließliche Wirksamkeit einer Thatsache. Und so müssen wir daran festhalten, daß in der geschilderten Bitte des Klägers um eine incerta formula, sofern sie auf der Berücksichtigung der Gegenforderung beruhet, in der That schon die Compensation selber liege.

§. 25.

d. Erklärung von l. 21. D. de compensationibus.

II. Wir kommen nunmehr zu l. 21. D. h. t. (Paull. lib. 1. Quaest.)

Postea quam placuit inter omnes id, quod invicem debeur, ipso jure compensari, si procurator absentis conveniatur, non debebit de rato cavere, quia nihil compensat, sed ab initio minus ab eo petitur.

Nach unserer in den §§. 18—21. gegebenen Darstellung beruhete die Zulassung der Compensation anfangs auf einer dem auf Zahlung belangten Schuldner zurseitestehenden Billigkeit, deren Nichtgewährung abseiten des Klägers man später sogar als dolus ansah. Bei dieser Auffassung der gerichtlichen Compensa-

tion war dieselbe nichts mehr und nichts weniger als ein Vertheidigungsmittel inhänden des Beklagten, setzte also den klagweisen Angriff des Gegentheiles voraus. Der Angreifende als solcher hatte ebensowenig ein processualisches Mittel gegen den Willen des Angegriffenen zu compensiren, als er eines solchen Mittels namentlich aus processualischen Gründen unumgänglich benöthigt war. Denn im schlimmsten Falle lief er Gefahr einen vergeblichen Rechtsstreit durchzufechten, wenn nämlich die ihm compensando opponirte Forderung größer oder ebenso groß war als die seinige; — war sie aber kleiner, so trat nun eine entsprechende Minderung der Condemnation ein. Und dazu brauchte er wenigstens bei actiones stricti juris dergleichen nur dann zu besorgen, wenn der Beklagte im Litiscontestationstermine sich die doli exceptio ausgebeten hatte, so daß es dann noch immer in seiner Hand stand seine Klage danach zu mindern oder ganz zurückzuziehen.

Dies änderte sich, sobald es bei keiner Art von persönlichen Klagen zur Geltendmachung der Compensation einer förmlichen exceptio mehr bedurfte. Hier muste sogar der Angreifende wenigstens bei strengen Klagen auf ein certum vonvornherein die compensabele Gegenforderung bei Aufstellung seiner intentio berücksichtigen, wollte er nicht Gefahr laufen plus petendo ein caussa cadere zu erleiden. Und einer derartigen nothwendigen Berücksichtigung der Gegenforderung vonseiten des Klägers standen jetzt auch keine materielle Bedenken mehr entgegen. Während nämlich früher der Kläger, falls er ohne Zustimmung des Beklagten zur Compensation seine Klagbitte um den von der Gegenforderung gedeckten Betrag seiner Forderung hätte beschränken wollen [1], weder rücksichtlich dieses Theiles seines Anspruchs, noch rücksichtlich der Gegenforderung eine richterliche Entscheidung erwirkte; dagegen einerseits bei einer Geltendmachung auch dieses Restes innerhalb derselben Prätur der exceptio litis dividuae, anderseits aber stets der Gefahr sich ausgesetzt sah, daß der Beklagte seine Gegenforderung mit dem von ihm eingeklagten Ueber-

---

[1]) Bei actiones certae wäre dies einfach durch Beschränkung der intentio auf den bestimmten Rest geschehen; bei actiones incertae hätte sich der Kläger gegen den Nachtheil der processualischen Consumption des ganzen Inhalts der Obligation mittels einer praescriptio pro actore schützen müssen.

schusse compensirte: so vermochte er nun auch seinerseits die Entscheidung über Forderung und Gegenforderung herbeizuführen, und so durch seine Compensation beide abzuthun. Der Grund hiervon liegt in ebender veränderten Auffassung der Compensation, in welcher der Umstand wurzelt, daß überall ipso jure compensirt wird: in der Auffassung nämlich der Compensation als eines Actes, der beiden Theilen durch Befreiung von ihren gegenseitigen Verbindlichkeiten eine wirkliche Befriedigung verschafft. Denn sobald dieser Gesichtspunct der Compensation hervorgehoben wurde, muste bei der eigenthümlichen Gegenseitigkeit des Verhältnisses zwischen beiden Obligationsobjecten, vermöge dessen jeder Theil dem andern völlig gleich sowohl Schuldner als Gläubiger ist, jeder, die Dispositionsfähigkeit vorausgesetzt, geradeso, wie er ohne eine Klage abzuwarten, jederzeit durch Zahlung die Forderung des Gegners tilgen kann, auch mittels der Erklärung des ernstlichen Willens beide Forderungen in den Compensationsbezug zu setzen, durch Compensation die Forderung des Gegners, und damit quoad concurrentem quantitatem auch seine eigne, jederzeit zu tilgen das unzweifelhafte Recht erlangen, ohne daß es auf seine zufällige Parteirolle in einem gar nicht nöthigen Processe ankäme.

Auf diesem Puncte, dessen letzter Grund in dem ipso jure compensari seinen deutlichsten Ausdruck findet, beruht die Entscheidung der l. 21.

Denken wir uns den Fall, daß jemand, der zugleich Gläubiger und Schuldner eines andern ist, einen Stellvertreter desselben auf Zahlung seiner Forderung verklagt. Nehmen wir zuerst eine Klage auf ein certum. Hat hier der Kläger seine intentio schon gehörig herabgesetzt: so ist keinerlei Schwierigkeit. Denn mag der Stellvertreter auch seinerseits zu compensiren Vollmacht haben oder nicht, — es bedarf deren hier nicht; und die abgesetzten Beträge gelten in jedem Falle auch dem dominus gegenüber als getilgt. — Hat aber der Kläger die Gegenforderung nicht oder nicht in gebührendem Maße abgesetzt: so wird er plus petendo caussa cadere, wenn der defensor die Compensation veranlast. Dabei ist dann zweifellos die ausgeklagte Forderung einfürallemal consumirt. Wie aber ist es mit der Gegenforderung, wenn der Defensor keine Vollmacht hatte? Soviel leuchtet unmittelbar ein, daß dieselbe dann wenigstens durch die Handlung

des Defensors nicht consumirt sein kann. Während mithin der Kläger sein Klagrecht völlig verloren hätte, stände ihm die Forderung des Gegners, derenhalben gerade er die seinige verloren hat, noch immer in ungeminderter Wirksamkeit entgegen. Dies wäre die offenbarste Unbilligkeit. Findet sich also kein anderer Weg zur Compensation zu gelangen als die Handlung des Defensors, so könnte man daran denken, sobald dessen Vollmacht zweifelhaft ist, im Interesse des Klägers die Compensation ganz auszuschließen. Das aber würde wiederum die gröste Unbilligkeit nicht allein gegen den dominus sein, falls derselbe dem defensor wirklich Vollmacht gegeben hatte; sondern noch mehr gegen denjenigen, der in der besten Absicht die Vertheidigung eines abwesenden Freundes übernimmt. Denn, da der dominus überall, wo die Compensation factische Vortheile für ihn gehabt hätte, zur Ratihabition, soweit er dadurch diese Vortheile einbüßen würde, nicht gezwungen werden könnte: so müste in solchen Fällen der Defensor, abgesehen von dem häklichen Beweise der utilis gestio, den ganzen Nachtheil auf sich nehmen, welcher mit dem Unterbleiben der Compensation verbunden wäre. Weil aus Besorgniß davor aber jedermann Bedenken tragen würde die defensio eines andern zu übernehmen, so hätten unter einem solchen Rechtszustande zuletzt die Schuldner selber zu leiden. Es ist daher zu vermuthen, daß das römische Recht ein Mittel ausfindig gemacht habe, vermöge dessen einerseits zwar dem durch einen defensor vertretenen Schuldner der Vortheil der Compensation gewährt, anderseits aber der Kläger gegen den Nachtheil geschützt wird, welchen für ihn die Compensation vonseiten eines zur Disposition über die Gegenforderung nicht befugten Stellvertreters des Schuldners mit sich bringt. Das nächstliegende Mittel zu beiden Zwecken ist die cautio de rato mit ihrem bekannten Inhalte, die man von dem die Compensation veranlassenden Procurator fordert. Und in der That hat man nach l. 21., wie oben §. 15. bemerkt, derselben in früherer Zeit sich bedient. Allein auch dies Mittel ist wegen des Erfordernisses zahlungsfähiger Bürgen unbequem und nicht selten unzulänglich. Könnte mans daher entbehren, so würde es gewiß wegfallen. Und das, sagt Paullus, kann man, seitdem durchweg ipso jure compensirt wird. Die Nothwendigkeit der cautio de rato beruht, wie wir gesehen haben, darin, daß die C o m p e n s a t i o n von beklagtischer Seite ausgehen muß. Seit

jener Zeit aber vermag auch der Kläger sie vorzunehmen: und so ist er imstande gegen die Nachtheile der Compensation seitens eines unbevollmächtigten Stellvertreters sich dadurch zu schützen, daß er selber compensirt. Wenn er also auch bei der Litiscontestation die Gegenforderung des Beklagten vergessen, oder dieselbe seis in ihrer Existenz, seis in ihrer Compensabilität bestritten hat: so kann er doch noch in jedem Augenblicke bis zum Endurtheile wenigstens eventuell, für den Fall der gerichtlichen Anerkennung ihrer Voraussetzungen, die Compensation mit dieser Forderung vornehmen, wenn der Defensor sich zu jenem Behufe auf sie beruft. Zwar wird der Kläger auch so dem Nachtheile einer pluspetitio infolge der Compensation schwerlich entgehen [2]; allein er tilgt durch seine Compensation doch zugleich die Gegenforderung; und da er deshalb vor jeder fernern Geltendmachung derselben vonseiten des dominus gesichert ist: so braucht er vom defensor keine cautio de rato zu verlangen. — Aehnlich ist es bei den Klagen auf ein incertum, wo ohne die Möglichkeit selbst zu compensiren der Kläger gleichfalls nur durch die cautio de rato gegen den Nachtheil gesichert werden könnte der Gegenforderung halber noch einmal belangt zu werden, obwohl er derenwegen, seis infolge freiwilliger Berücksichtigung derselben, seis auf Antrag des Defensors, schon soviel weniger ausgeklagt erhalten hat.

Damit dürfte das Räthsel gelöst sein, welches man bisher in unsrer Stelle gefunden. Der Einzige, der den Sinn derselben richtig erkannt zu haben scheint, ist, soviel ich weiß, ein italienischer Jurist aus dem Ende des 14. und dem Anfange des

---

[2]) Hierüber ließe sich vielleicht streiten. Wenn der beklagte dominus selbst mit Rücksicht auf seine Gegenforderung leugnet den vom Kläger in die intentio gesetzten Betrag zu schulden, so liegt eben schon in diesem Leugnen die jenen Betrag vermindernde Compensation. Wenn aber der nicht bevollmächtigte Procurator leugnet, so liegt darin noch keine Compensation: die intentio ist also deswegen nicht gemindert. Und wenn nun nachher der Kläger compensirt, so scheint doch in dem Augenblicke der Litiscontestation die intentio richtig gewesen, folglich eine pluspetitio nicht denkbar zu sein. Dagegen läßt sich indessen einwenden, daß die intentio als gemindert gelten muß, sobald der leugnende Procurator der Compensation halber de rato cavirt; und daß durch die Compensation vonseiten des Klägers nur das Formelle, die Nothwendigkeit der Caution, nicht das materielle Recht geändert werden soll.

15. Jahrhunderts, Raphael Fulgosius [3]). Sämmtliche übrige

[3]) Comm. in Dig. vet. Lugd. 1511. ad h. l. — „Sed nec lectura glossae mihi multum placet: quia continet vaticinationem et vim facit literae, quae duos contrahentes non appellasset omnes: ut propter illa verba: ipso jure: et qr. (quod?) dicit inter omnes jure sequentes (sapientes?) — ut l. inter omnes D. qui satisd. cogantur. (l. 12; 2, 8.) (der Satz von ut propter — sequentes ist mir völlig unverständlich) videtur ergo sensus hujus legis mihi, ut loquatur de compensatione facta ab ipso actore. — Ideo pro formali solutione dicite, aut ergo incompetenti actori procurator absentis objicit compensationem, et tunc habet necesse cavere de rato. — ut l. in rem (18. [§. 1] a contrario sensu supra eod. et l. si cum filio (9. [§. 1.]). — Sed aliquando ipse actor pecuniam sibi debitam usque ad concurrentem quantitatem compensat in ipsa petitione, et reliquum tantum petit, et tunc ipso jure tollitur obligatio: et non est necessaria cautio rati, quum non opponatur a procuratore, de cujus mandato non constat, imo ego ipse compenso. per hoc dicerem, quodsi procuratori habenti speciale mandatum sc. petendae pecuniae debitae tantum actori reus objiciat compensationem, tunc certe non erit cautio exigenda a procuratore actoris, non enim procurator est, qui compensat, sed ipse reus idemque creditor: sufficit ergo alterum eorum compensationem facere, ut ipso jure utraque tollatur obligatio. — ad quod supra Cod. Labeo. (l. 13. h. t.? Quod Labeo.) — sic bene apparet, quod ista lex non facit pro illa opinione, quod compensatio fiat ipso jure, sine facto hominis, qui (? sic) fecit me dubitantem ab initio: sed verum est, quod debet opponi ab homine. — Bei dieser Gelegenheit mag ich eine Bemerkung nicht unterdrücken. v. Savigny Gesch. d. röm. R. im M.A. Bd. VI. p. 270 f. (2. Ausg.) bestreitet die Ansicht, daß Fulgosius (oder eigentlich der Lehrer desselben, Castellionens, dessen Ansichten Fulgosius als seine eignen vorgetragen haben soll) eine neue Methode in der Wissenschaft durch ein strengeres Quellenstudium eingeschlagen habe. „Wäre diese Ansicht gegründet, so müßte sie sich durch die gedruckten Werke des Fulgosius bestätigen, deren Charakter jedoch von den Werken seiner Zeitgenossen durchaus nicht verschieden ist. Jenes (alte) Zeugniß (worauf sich die misbilligte Ansicht stützt,) also geht nicht auf eine neue Methode, sondern nur auf einzelne Meinungen über bestimmte Rechtsfragen, abweichend von den herrschenden, in der Glosse gegründeten Meinungen." — v. Savigny giebt übrigens p. 275. selbst an, daß er den Commentar des Fulgosius aus eigener Ansicht nicht kenne. Dieser Commentar findet sich nun auf der hiesigen Bibliothek; und sollte es reiner Zufall sein, daß nicht allein bei meiner Untersuchung eine so ausgezeichnete Interpretation des Fulgosius zum Vorschein gekommen ist, sondern ähnlich bei den Untersuchungen zweier göttinger Gelehrten? Kraut, de argent. et nummulariis diss. p. 51. p. 56. p. 114., und Ribbentrop, zur Lehre von den Correalobl. p. 34. Note 15. und p. 176. Note 32. Der erstere spendet ihm l. l. die größten Lobeserhebungen: — „quem propter ingenii acumen et judicium, quae in ejus scriptis ubique elucent, inter primos sui aevi jureconsultos posuerim" etc.

Erklärungsversuche sind nicht allein als solche ungenügend, sondern auch entweder gegen die Worte oder doch außer den Worten der Stelle. Ihre Darstellung und Widerlegung im Folgenden wird zugleich Gelegenheit zur Feststellung des von uns gefundenen Ergebnisses im einzelnen gewähren.

Die Glosse zunächst scheint die Stelle von einem Falle verstanden zu haben, worin der beklagte Procurator sich auf eine Compensation berufe, welche der von ihm vertretene dominus, also wohl in Uebereinkunft mit dem gegenwärtigen Kläger, bereits vorgenommen hätte [4]). Dieselbe Ansicht wird ganz zweifellos vorgetragen von Vivianus im Casus zu unserer Stelle, wobei denn freilich, ohne daß man dazu den Grund sieht, der Procurator zum klagenden Theile gemacht wird. Sehr richtig bemerkt gegen eine solche Interpretation Fulgosius: continet vaticinationem [5]).

Daneben trägt die Glosse eine abweichende Ansicht vor, wonach die fragliche Stelle das von allen Juristen gebilligte Vonselbsteintreten der Compensation bezeugen soll, so daß in der That der Procurator die Compensation nicht erst herbeiführe, sondern sich nur, etwa wie auf eine geschehene Zahlung, auf die durch das Recht, d. h. von selbst, geschehene Compensation berufe. Dieser, von Accursius misbilligten, Meinung haben sich vielfach spätere Juristen, und unter ihnen Cujacius, Anton Faber, Noodt [6]) angeschlossen. Hierwider will ich nun zwar nicht

---

[4]) Gl. ad l. 21. ad v. conveniatur] pro eo sc. quod jam dominus compensaverat.

[5]) s. Note 3., auch Brinz, die Lehre. §. 35. p. 106.

[6]) Cujac. Comm. in lib. 1. Quaest. Paulli ad l. 21. D. 16, 2. auch recit. solemn. ad l. 8. tit. 31. de comp. lib. 4. Cod. s. oben §. 4. Note 17. — Ant. Fabri Rationalia ad Pand. ad h. l. — „compensationem, licet fiat ipso jure, objiciendum tamen esse ab homine. At non quasi faciendam, sed quasi jam a jure factam.“ Noodt, Ad lib. 16. tit. 2. Dig. — s. auch Jo. Andr. Beroae Jurisconsultus, sive de principiis et rationibus juris. Bergomi 1613. ad tit. de comp. — „quemadmodum solutione ipso jure tollitur obligatio, ita etiam compensatione. itaque procurator opponit, dominum suum suo credito liberatum fuisse omni debiti obligatione et idcirco ab initio nihil debuisse.“ — Dies ist vielleicht der einzige praktische Unterschied zwischen der s. g. Ansicht des Martinus und derjenigen des Bassianus. — Donellus, Comm. ad tit. 31. lib. 4. Cod. de comp. ad leg. 9. (Ejus.) Nro. 5. übersieht ganz, worauf es ankömmt, nämlich die Ungewißheit

mit Brinz anführen, es folge nicht aus dem ipso jure als „von selbst“ genommen, daß einer compensabelen Gegenforderung halber stets weniger eingeklagt werde: — denn das behaupten die Vertreter jener Ansicht gar nicht. Sie verstehen nämlich unter dem minus petere nicht den Inhalt der Klagbitte als solchen, sondern den Inhalt der Klagbitte, soweit er begründet ist [7]). Wohl aber läßt sich dagegen alles das geltendmachen, was oben im §. 5. gegen die Auffassung des ipse jure compensari in dem Sinne: das Recht selber compensire — gesagt worden ist. Wenn es jedoch nicht das Recht ist, was compensirt, wenn es nach unserer Stelle der Procurator nicht sein soll: so bleibt als denkbar nur übrig, daß der Richter oder der Kläger es thue. Allein auch der Richter ist es nicht. Daß dieser im technischen Sinne compensiren könne, wird nicht nur in keiner Stelle gesagt, sondern muß auch seiner Aufgabe widersprechend genannt werden. Er hat das, von ihm anerkannte, Bestehen der Rechtszustände zu schützen, sowie für die Verwirklichung der aus denselben entspringenden Ansprüche Sorge zu tragen, nicht aber, mit Ausnahme einzelner Fälle, z. B. der Theilungsklagen, neue Rechtszustände herbeizuführen. Obendrein heißt es in l. 21. ab initio minus a procuratore petitur. Der Kläger also muß es sein der die Compensation vornimmt.

Nun indessen entsteht die weitere Frage: ob Paullus von dieser Compensation des Klägers schlechthin, einerlei, wie dieselbe veranlaßt ist, oder etwa nur von dem Falle spreche, wo derselbe, vielleicht weil es in seinem Interesse liegt, den Abzug der com-

des Mandats. „Non compensare ait, quia jam ante dominus ipso jure liberatus est beneficio compensationis. Itaque quum procurator compensationem objicit, non tam ipse compensat, quam compensationem jam factam allegat. Ideo compensatio jam ante posita videtur, quia dominus intelligitur procuratori mandasse, 'ut faceret, quae ipse dominus in sua caussa facturus esset. Dominus autem compensatione utens consequeretur, ut retro versus intelligeretur esse liberatus. s. auch Krug, die Lehre. §. 24. p. 67.

7) So spricht es geradezu aus der jener Ansicht zugethane Fuhr in Schäffers Arch. c. l. p. 126. „Das ab initio minus ab eo petitur hat weder den Sinn, als klage ein Gläubiger von beiden eine geminderte Forderung factisch jedesmal ein, noch den, er habe es in dem gegebenen Falle (einen solchen behandelt die Stelle gar nicht) wirklich gethan.“ — vgl. Brinz c. l. p. 106 f.

pensabelen Gegenforderung auf seine Forderung sich gefallen zu lassen bei seinem Klaganbringen freiwillig erklärt hat? Sintenis behauptet das Letztere [8]), indem er dafür folgende Gründe anführt. Erstens, wenn der Procurator sich auf die Gegenrechnung berufe, so könne man von ihm nicht sagen: nihil compensat. Darauf liegt die Antwort sehr nahe, daß dies Berufen und Compensiren zweierlei ist. Zweitens, ebensowenig könne man von einem Gläubiger, der auf zehn klage, sich aber, weil ihm eine Gegenforderung von fünf entgegengehalten wird, den Abzug gefallen lassen müsse, sagen: eum „ab initio" minus petiisse. Wenn man hier zunächst das „den Abzug sich gefallen lassen müsse" etwas genauer dahin ausdrückt: „gezwungen wird den Abzug selbst zu machen" — so sieht man, daß dies Behauptung ist, nicht Beweis. Es kömmt eben alles auf die Bedeutung der Worte an: ab initio minus petere. Wenn das ab initio bezeichnen soll, daß der Kläger ganz von freien Stücken, ohne alle und jede Erinnerung vonseiten des Procurators die compensabele Gegenforderung berücksichtigt habe: so ist in der That schwer zu begreifen, weshalb Paullus so nachdrücklich bemerkt hat: nihil compensat (sc. procurator); denn das verstand sich ja wohl von selbst. Keinesfalls würde es als Grund der Entscheidung dastehen können, wie es thut; weil es vielmehr Voraussetzung der Frage wäre, die man ungefähr so zu denken hätte: ist der procurator absentis der Compensation halber auch dann de rato zu caviren verpflichtet, wenn nicht er, sondern der Kläger compensirt? Müste man nicht überhaupt dem Juristen den Vorwurf machen, daß er seine ganze Bemerkung möglichst ungeschickt und wenig logisch geordnet vorgetragen? Was in der Welt hätte ihn wohl verhindern mögen deutlich und richtig etwa so zu reden: Postea quam placuit inter omnes id, quod invicem debetur, ipso jure compensari, quum creditor ab initio a procuratore absentis eo minus petit, quam ex compensatione reus retinere potest, procurator non debebit de rato cavere —? Soll man dem Paullus die Ausflucht leihen, daß die Anfrage von den Compilatoren

[8]) Von der processſ. Natur der Compens. Ztschr. für Civilr. und Pr. Bd. 18. p. 35. vgl. dagegen Brinz, die Lehre p. 106. „Wenn das nur Paullus gesagt hätte!" – Dernburg p. 330. S. auch Koch, das Recht der Forderungen. Bd. 2. §. 163. p. 634 f.

gestrichen sei, auf welche er sein Responsum ertheilt habe? und daß deshalb dies Responsum unbestimmt und undeutlich geworden sei [9])? Welchen Sinn hätten denn die Compilatoren in der so verstümmelten Stelle ausdrücken wollen? — Ganz anders, wenn man annimmt, daß Paullus, wo nicht ausschließlich, doch wenigstens einschließlich von dem Falle rede, da der procurator absentis die Compensation veranlaßt, indem er auf eine compensabele Gegenforderung des dominus sich beruft. Beruft sich nämlich auf eine solche jemand, der über dieselbe auch compensando zu verfügen berechtigt ist: so geht die Compensation gerade durch dieses Berufen schon vor sich. Das Berufen aber eines nicht bevollmächtigten Procurators, oder, was hier gleich gilt, eines Procurators, dessen Vollmacht ungewiß ist, wäre, wie oben entwickelt, an sich völlig wirkungslos. Könnte nun jenem Berufen nur dadurch die nöthige Bedeutung verliehen werden, daß der Procurator selbst die von ihm in Bezug genommene Gegenforderung compensirte, so würde er die Caution nicht wohl umgehen können. Allein es ist in der That möglich, daß der Kläger die vom Procurator in Bezug genommene Gegenforderung zur Compensation bringt: und hierbei ist die Caution unnöthig, quia procurator nihil compensat.

Diese Folgerung aber gilt schrankenlos. So wenig der Procurator zu caviren braucht, wenn der Kläger, welcher eine formula certa begehrt hat, auf die vom Procurator gemachte Erwähnung der Gegenforderung deren Betrag in der intentio absetzt; so wenig scheint es weiterhin nothwendig. Bleiben wir einmal bei dem Falle, wo der Kläger eine formula certa begehrt. Hier hat der Procurator in jure entweder die Gegenforderung eingewandt, oder er hat sie nicht eingewandt. Hat er sie eingewandt, und berücksichtigt der Kläger sie: so ist, wie gesagt, keine cautio de rato nöthig. Wie, wenn er sie bei Formulirung seiner intentio nicht berücksichtigt? Daß hier gar nicht compensirt werde, ist undenkbar; soll aber nur compensirt werden, falls der Procurator de rato cavirt, so stünde es ja im Belieben des Klägers den Gegner zur Cautionsleistung zu zwingen. Und doch heißt es: non debebit de rato cavere. — Hat der Procurator in jure die Compensation

---

[9]) vgl. Dernburg, p. 326.

nicht verlangt, und nimmt der Kläger sie auch nicht von freien Stücken vor; so ist nur noch denkbar, daß der Procurator die Gegenforderung in judicio entweder opponirt oder nicht opponirt. Im letztern Falle ist natürlich von Compensation durchaus nicht die Rede. Wie aber im erstern? Oder wäre anzunehmen, daß eine compensabele Gegenforderung in jure geltendgemacht werden müßte, wenn sie Berücksichtigung finden will? Damit jedoch scheint l. ult. §. 1. Cod. h. t. in Widerspruch zu stehen. Denn gewiß würde Justinian nicht untersagt haben post multa forte variaque certamina, quum res jam fuerit approbata, tunc ex altera parte, quae jam paene convicta est, opponi compensationem, dadurch die Entscheidung ungebührlich hinzuhalten, — wenn dergleichen nicht bisdahin unbezweifelt vorgekommen wäre. Dies aber auf actiones bonae fidei zu beschränken ist weder in der, vielmehr ganz allgemeinen, Ausdrucksweise der Stelle, noch in der Natur der verschiedenen Klagarten ein triftiger Grund. Es muß danach angenommen werden, daß durchgehends noch in judicio eine compensabele Gegenforderung opponirt werden durfte [10]. — Hätte nun der von dieser Befugniß Gebrauch machende Procurator die cautio de rato stellen müssen? Ich sehe nicht weshalb. Also wird auch hier die Gegenforderung berücksichtigt ohne Caution, und der Kläger mag sich gegen den Nachtheil einer etwaigen Nichtratihabition des dominus dadurch schützen, daß er selbst, allenfalls noch im letzten Stadium des Processes, compensirt. Ganz ähnlich ist es bei den Klagen auf ein incertum, nur daß die etwa schon in jure stattfindende Berücksichtigung der eingewandten Gegenforderung vonseiten des Klägers in der Formel nicht hervortreten kann.

Es paßt mithin die Entscheidung des Paullus auf alle diese Fälle. Ebenso paßt ohne Frage auf alle auch der erste Entscheidungsgrund: quia procurator nihil compensat. Und so würde die Möglichkeit auf sie alle die l. 21. zu beziehen nur von der Anwendbarkeit des andern Entscheidungsgrundes jener Stelle abhangen. Und dieser Anwendbarkeit widerstrebt so wenig das petitur als das ab initio. Was jenes anlangt, so ist schon im §. 15. darauf aufmerksam gemacht, daß es in unsrer l. 21. einen

---

[10]) s. auch l. 8. Cod. h. t. vgl. oben §. 15. p. 165 f.

andern als den so gewöhnlichen Sinn von intendere habe. Die formlose Anwendung der Compensation in actiones incertae, bei denen von einem minus intendere nicht gesprochen werden kann, und auf welche l. 21. nicht zu beziehen kein Grund vorliegt, macht diese Bedeutung völlig unzulässig. Und hier kann nun der wahre Sinn des petere, wie er schon im Zusammenhange der vorstehenden Auseinandersetzung gebraucht ist, dahin bestimmt werden, daß es die Klagbitte im materiellen Sinne, den Inhalt der Klagbitte bezeichne. Denn auch in dieser Bedeutung kömmt es vor z. B. bei Gajus IV. 52. 57. [11]) 68. — Wie aber will man das ab initio verstehen? Daß dasselbe nicht wohl blos von dem Falle zu nehmen sei, wo der Kläger aus eignem Antriebe compensirt, ist schon bemerkt. Es würde demnach allenfalls noch auf den Beginn des Processes bezogen werden können. Allein da man gewiß zuzugeben hat, daß eine cautio de rato unnöthig ist, wenn der Kläger nur noch im Litiscontestationstermine auf die Compensation eingeht, der Litiscontestationstermin aber nicht der erste Termin, also nicht initium des Processes ist, wenigstens nicht zu sein braucht [12]): so würde ab initio auch in dieser Bedeutung entweder, den Litiscontestationstermin ausschließend, als überflüssige Bestimmung den Entscheidungsgrund schief machen; oder, jenen Termin einschließend, ungenau gebraucht sein. Beide Vorwürfe kann man dem alten Juristen ersparen. Das ab initio ist gewissermaßen nur verdeutlichende Verstärkung des in dem minus petitur an sich schon steckenden Sinnes, zu dem als logischer Gegensatz ein minuitur summa petitionis, oder ähnlich verstärkt: minuitur summa petitionis ex postfacta objectione compensationis zu denken ist. Es bezeichnet demnach, daß die Minderung der Summe, welche als dem Kläger geschuldet anerkannt wird [13]),

---

[11]) was freilich Hollweg nach Analogie der vers. 11. 12. 18. derselben Seite, aber gegen die Buchstaben des M.S. in positum verändert hat. — vgl. auch Brisson. ed. Hein. sub v. petere. Nro. 2; auch 3. — Aehnlich ist es mit experiri, was ebenfalls die materielle Tragweite der Klagbitte bezeichnet. Gaj. IV. 66. Dem gegenüber steht der Ausdruck tenetur, z. B. in l. 4. D. de comp. 16, 2.

[12]) s. v. Keller, Civilpr. §§. 47. 50. u. s. w.

[13]) Einerlei übrigens, ob es gleichzeitig zu einer, gegenüber der ursprünglichen Bitte, geminderten Condemnation, oder zur Klagabweisung wegen pluspetitio kömmt.

nicht wider das Begehren des Klägers erst durch Handlung des Procurators, sondern durch eigne, vom Kläger selbst vorgenommene, Herabsetzung der Klagbitte bewirkt werde. — Und das ist der von uns aufgestellte Sinn der l. 21.

Gegen die Annahme von Sintenis läßt sich schließlich noch das einwenden, daß nicht einzusehen ist, weshalb der Procurator zu einer Zeit, als noch nicht ipso jure compensirt wurde, de rato auch dann habe caviren müssen, wenn die Berücksichtigung einer compensabelen Gegenforderung des von ihm Vertretenen nicht infolge seines Begehres, sondern aus freiem Willen des Klägers geschah. Auch Dernburg [14]) hat in seinem langen Gerede über die Nothwendigkeit der cautio de rato diesen Punct nicht einmal berührt. Gleichwohl ist er gegen ihn entscheidend. Denn, wenn der Grund der in l. 21. getroffenen Entscheidung, wo nicht in dem ipso jure compensari selbst gesucht, aber doch im engsten und nothwendigsten Zusammenhange damit erblickt werden muß: so kann Paullus jene Entscheidung nicht für den von Sintenis und Dernburg ihm untergelegten Fall gegeben haben.

Zu erwähnen ist zuletzt etwa noch das Bedenken, welches der Ausdruck: procurator absentis si conveniatur gegen meine Behauptungen erregen könnte. Convenire bezeichnet nämlich technisch die Handlungen des Klägers vor der Litiscontestation [15]). Und so scheint es darauf hinzuweisen, daß der belangte Procurator spätestens im Litiscontestationstermine sich auf die Gegenforderung berufe, deren wegen dann der Kläger noch vor Ertheilung der Formel compensiren müsse. Allein conveniri heist ebenso oft belangt werden überhaupt. So sagt Paullus selber in l. ult. D. h. t. convenitur, wo es doch offenbar ist, daß die adprobatio sibi a fisco deberi, quod ipse convenitur, erst in judicio, also nach der Litiscontestation stattfindet. Ja, da convenire auch von den außergerichtlichen Handlungen gebraucht wird, vermittels deren man einen Rechtsanspruch zu verwirklichen sucht [16]); und

[14]) p. 328 ff. Derselbe tritt der Ansicht von Sintenis bei.

[15]) s. z. B. l. 1. pr. D. de edendo. 2, 13. l. 2. §. 4. D. de judic. 5, 1. Brisson. sub h. v. Ed. Hein. Nro. 5.

[16]) s. z. B. l. 1. D. rat. rem hab. 46, 8. l. 10. Cod. de pign. et hypoth. 8, 14. — Brisson. c. l. Nro. 6.

in l. 21. nichts Anderes zwingt ausschließlich an einen Rechtsstreit zu denken: so könnte man die Bestimmung jener Stelle auch von dem Falle verstehen, wo ein außergerichtlich um Zahlung angegangener Procurator statt zu zahlen eine Gegenforderung des dominus vorschützt. Früher wäre hier danach nur eine vertragsmäßige Compensation möglich gewesen, zu welcher der Procurator sich durch die cautio de rato die Befugniß verschaffen muste: jetzt genügte die einseitige Erklärung Eines Theiles [17]).

Endlich ist zum völligen Verständniß unsrer l. 21. noch ein Zweifaches zu untersuchen übrig: zuerst das bestrittene grammaticalische Verhältniß der Wörter inter omnes zu dem Zusammenhange des Satzes; — dann das sachliche Verhältniß der ganzen Stelle zu der l. 9. §. 1. D. h. t.

Was das Erstere anlangt, so sind die Ansichten seit der Glosse darüber getheilt, ob inter omnes, alle Juristen bezeichnend, zu dem placuit, oder aber, ob es alle Parteien meinend, zu dem ipso jure compensari gehöre. Jene, die herrschende, Ansicht ist indessen gewiß unhaltbar. Zwar würde ich es nicht als entscheidend dagegen betrachten, daß für uns bis auf die letzte Spur der Grund hinweggefallen ist, den man, wie wir oben in §. 20. a. E. gesehen haben, bis zur Auffindung des Gajus für die Annahme zu haben glauben muste, die Meinungen der römischen Juristen über das ipso jure compensari seien anfänglich getheilt gewesen, was als nothwendige Voraussetzung der fraglichen Ansicht erscheint. Allein, wenn eine solche Meinungsverschiedenheit stattgehabt hätte, so hätten wenigstens diejenigen der römischen Juristen, welche schon früher trotz des Widerspruchs der an-

---

17) vgl. Krug, die Lehre. §. 28. p. 81 ff. Koch, das Recht der Forderungen. Bd. 2. §. 187. p. 673 f. Dies ist freilich sehr streitig. A. M. Brinz, die Lehre. §§. 41—43. — s. auch oben im Texte. Der Grund dafür liegt allerdings nicht darin, quod ad compensationem inducendam non requiritur ministerium vel adminiculum hominis, sed potest usus tantum eam perficere — Tyndar. de comp. tractat. Art. VI. Nro. 66. Bald. ad l. 4. D. h. t. —; sondern darin, daß es zwar der Erklärung des ernstlichen Willens einer dazu berechtigten Person bedarf, die beiden Gegenforderungen in denjenigen Bezug zu einander zu setzen, kraft dessen sie sich compensiren; aber nach der Auffassung des neueren Rechtes keine Veranlassung mehr vorliegt zu fordern, daß diese Erklärung gerichtlich geschehe. Weiter auf die Sache mich einzulassen bin ich jetzt nicht geneigt.

dern die Compensation ipso jure geschehen ließen, die fragliche Folgerung aus diesem ipso jure compensari wo nicht schon gezogen, doch ziehen können; und da Paullus nur von der Möglichkeit, nicht von der Wirklichkeit, geschweige von der Allgemeinheit, jener Folgerung spricht, so hätte er sich mindestens einer logischen Ungenauigkeit schuldig gemacht, wenn er als ein nicht unwesentliches Moment ihrer Voraussetzung die Allgemeinheit der Ansicht hinstellte, daß ipso jure compensirt werde. Sodann ist der Gebrauch von placuit inter omnes in dem Sinne: es ist herrschende Meinung geworden — bisher durch kein Beispiel belegt; und die von Dernburg [18]) angeführte Analogie der Redensarten: inter omnes constat, inter omnes convenit ist schwerlich geeignet die Zulässigkeit jenes Gebrauchs zu beweisen. Wenn mit placere bezeichnet werden soll, daß eine Ansicht aufgekommen sei, so wird dazu der Dativ der Person gesetzt, wie sich das durch viele Stellen darthun läßt [19]). So oft dagegen placere inter aliquos in unsern Quellen vorkömmt, heißt es: es ist ein Vertrag, eine Uebereinkunft geschlossen. Außer der von Brinz bereits angeführten l. 52. §. 7. pr. D. pro socio 17, 2. und den bei Brissonius sub h. v. Nro. 2. citirten l. 10. pr. D. quib. mod. pign. (Paull. lib. 3. Quaest.) 20, 6. und l. 30. D. de pact. 2, 14. bemerke ich noch: §. 2. J. de locat. et conduct. 3, 24. l. 17. §. 3. l. 19. §. 1. D. de praescr. verb. 19, 5. l. 1. pr. D. de pact. 2, 14. l. 9. §. 1. D. de transact. 2, 15. l. 41. §. 2. D. de usur. 22, 1. (fragm. Vat. §. 15.) l. 3. Cod. de servit. 3, 34. l. 1. Cod. de jure emphyt. 4, 66.; eine Reihe, die sich gewiß noch erheblich vermehren ließe. — Bezieht man dagegen das inter omnes zu ipso jure compensari, in dem Sinne, daß nunmehr unter allen Personen, wo überhaupt compensirt werde, ipso jure compensirt werde: so sind jene Worte nicht allein an sich völlig zulässig erklärt [20]), son-

---

[18]) p. 330 f.

[19]) z. B. Gaj. III. 147. cf. Brisson. s. v. placere. Ed. Hein. Nro. 1. Doch kömmt placere mit dem Dativ der Person auch in der Bedeutung von „einen Vertrag schließen" vor, z. B. in l. 6. Cod. de R. C. 4, 1.

[20]) A. M. Fuhr in Schäffers Archiv. p. 137. „Die hiernach herauskommende Verbindung und Beziehung des id, quod invicem debetur auf inter omnes ist der lateinischen Sprache nicht gemäß; diese würde ein persönlich bestimmtes id quod invicem debent erfordern." — vgl. l. 3. Cod. h. t. In

dern es erhält die ganze Entscheidung erst ihr richtiges Licht. Nicht, daß bei den judicia bonae fidei ipso jure compensirt wird, — denn dies hat seinen Grund in den dort vorkommenden Formelworten: ex fide bona, — nein, daß bei allen, persönlichen, Klagen, also überall, wo überhaupt compensirt wird, inter omnes, ipso jure compensirt wird: das ist es, worauf Paullus mit Recht den ganzen Nachdruck legt. Denn dies beruht auf der veränderten Auffassung der Compensation; und diese Auffassung erst hat die von ihm dargestellte Folgerung möglich gemacht. — Ob jene Auffassung selbst aber, von einzelnen Juristen ausgehend, auf wissenschaftlichem Wege allmählich sich zur herrschenden ausgebreitet habe; ob es kaiserliche Auctorität gewesen, welche ihr mit Einem Male die Herrschaft verschafft —: wer mag das beim Stande unserer Quellen behaupten? wer leugnen? Denkbar wäre das Letztere, meine ich, so gut als das Andere, eben wie Marcus Aurelius die Compensation in judicia stricti juris zuerst hervorgerufen; und vielleicht haben wir in l. 4. Cod. h. t. die Constitution, in welcher Severus Alexander der neuern Ansicht die Bahn gebrochen hat.

Wie aber verhält sich zu unserer Stelle l. 9. §. 1. eod.?, eine Stelle, die wir, des Zusammenhanges wegen, ganz hierher setzen müssen.

(Paull. lib. 32. ad edictum.) Si cum filiofamilias aut servo contracta sit societas, et agat dominus vel pater, solidum per compensationem servamus: quamvis, si ageremus, duntaxat de peculio praestaretur. §. 1. Sed si cum filiofamilias agatur, an, quae patri debeantur, filius compensare possit, quaeritur? Et magis est admittendum: quia unus contractus est; sed cum conditione, ut caveat, patrem suum ratum habiturum, id est, non exacturum, quod is compensaverit.

Sagt hier nicht derselbe Paullus, daß der filiusfamilias, der, aus einer von ihm eingegangenen Societät belangt, mit der durch ihn seinem Vater erworbenen Gegenforderung aus dem nämlichen

---

ea, quae reipublicae te debere fateris, compensari ea, quae invicem ab eadem tibi debentur. pp. Dernburg p. 331. — „der dadurch gebildete Satz inter omnes quod invicem debetur, compensari (möchte) den Gedanken nicht eben correct wiedergeben, daß sich die gegenseitigen Forderungen und Schulden aller Personen compensirten.“ Dies verstehe ich nicht einmal recht.

Geschäfte compensiren wolle, die cautio de rato stellen müsse? Es wundert mich, daß Brinz diese Stelle nicht in folgender Weise als Argument für seine Ansicht benutzt hat. Die Ausdehnung der Argentarienklage erstreckt sich nur auf die judicia stricti juris, und nur bei diesen also ist das ipso jure compensari ein ab initio minus petere in Brinzens Sinne. Anders dagegen bei bonae fidei judicia, wie bei der actio pro socio, rücksichtlich deren das ipso jure seine alte Bedeutung behalten hat, es bedürfe zur Compensation keiner förmlichen exceptio. Bei diesen ist es daher immer noch recht eigentlich der Beklagte, welcher compensirt; und falls derselbe also als procurator oder defensor auftritt, bedarf es hier nach wie vor der cautio de rato. — Allein, es ist schon oben im §. 15. auseinandergesetzt, wie unwahrscheinlich es sei, daß die l. 21. nur von gewissen Arten persönlicher Klagen rede; das zu glauben müßte man zwingende Beweise haben. Und ein solcher ist l. 9. §. 1. cit. gewiß nicht.

Ihr scheinbar auffallendes Verhältniß zu der l. 21. ist in der That nicht schwer zu enthüllen. Weit merkwürdiger übrigens, als daß außer Fulgosius [21]), soviel ich weiß, niemand demselben auf die Spur gekommen ist, dünkt mich, daß es so oft gänzlich übersehen worden. Der Grund jener cautio de rato liegt einfach darin, daß ebensowenig als der compensirende filiusfamilias an sich der Kläger zu der fraglichen Disposition über die zur Compensation gebrachte Forderung berechtigt ist, weil hier, anders als im Falle

---

[21]) c. l. s. oben Note 2. verb.: incompetenti actori procurator absentis objicit compensationem, et tunc habet necesse cavere de rato. — Donellus baut auf seiner Erklärung der l. 21. — s. oben Note 5. — in Nro. 10. eod. weiter. Cur non in filiofamilias eadem ratione idem dicimus? Resp. Differentiae ratio haec est, quia quum procurator datur, intelligitur ei mandari, ut omnia faciat, quae dominus in re sua faceret. Dominus autem sine dubio conventus compensaret, quod sibi debetur. Hoc ergo et procurator facere poterit, quasi ex mandato, quo interveniente ratihabitio non desideratur. At filiusfamilias patris procurator non est; unde merito cautio ab eo exigitur, fore, ut pater ratam habeat compensationem. — Von den Neueren ist es wohl nur Fuhr, Schäffers Arch. c. l. p. 127 f., der auf das Verhältniß beider Stellen eingeht. Derselbe findet zwar die letzte Ursache ganz richtig darin, daß im Falle der l. 9. §. 1. non invicem debetur; sucht aber die Lösung darin, daß hier die Compensation nicht vonselbst eintrete. — Krug, die Lehre. p. 61. p 156, Dernburg p. 411. bemerken die Entscheidung der l. 9. §. 1. ohne irgend ein Bedenken zu erheben.

des Procurators, Schuld und Forderung nur auf je Einer Seite dasselbe Subject haben; und daß es deshalb keinen andern Weg giebt den Kläger gegen eventuelle Beschädigung durch die Compensation zu sichern als die Caution.

Schwieriger ist dagegen die Frage, weshalb man in solchem Falle überhaupt die Compensation gestattete, die als compensatio ex jure tertii allerdings etwas Ausnahmsweises hat. Die Beantwortung derselben hängt aufs engste mit dem Inhalte des pr. l. c. zusammen. Dernburg [22]) erklärt nun diesen so: „Seit das Compensationsrecht bei zweiseitigen Contracten erstarkt war, nahm man an, daß es gewissermaßen vor Anfang auf der Gegenforderung ruhe. Der Vater erwarb das Recht des Sohnes mit der Beschränkung, sich die Abrechnung gefallen zu lassen; das Recht auf Compensation kann dem dritten Contrahenten nicht durch den Uebergang der Forderung auf den Vater verloren gehen.“ Ich möchte einer andern Erklärung den Vorzug geben, von der ich es übrigens dahingestellt sein lassen muß, wieweit Dernburgs mir nicht recht faßliche Redensarten etwa mit ihrem Inhalte übereinstimmen können und sollen. Wenn der Vater aus irgend einem Geschäfte des Sohnes eine Forderung erworben hat, so haftet er, als um den Betrag dieser Forderung reicher geworden, aus jenem Geschäfte de in rem verso: und diese Haftung läßt sich natürlich ebensowohl compensando als agendo zur Geltung bringen, mag die Compensation nun gegenüber der Klage des Vaters aus demselben Geschäfte, mag sie gegenüber der Klage aus einem andern Geschäfte des Sohnes, oder mag sie gegenüber einer beliebigen Klage des Vaters gefordert werden. Wenn Paullus freilich sagt: solidum per compensationem servamus; so kann das als Regel nur gelten gegenüber der Klage des Vaters aus dem zweiseitigen Geschäfte des Sohnes, aus dem gerade die Gegenforderung stammt. Andern Klagen gegenüber hängt der Erfolg des solidum servare ja immer von dem zufälligen Umstande ab, wie hoch der mit demselben auszuklagende Betrag sich beläuft, während der Vater eine gleichartige Forderung aus demselben Geschäfte nur dann einklagen wird, wenn für ihn ein Ueberschuß bleibt. Umgekehrt wird der dritte eine Forderung, welche der dem Vater

---

[22]) §. 42. p. 410.

aus demselben Geschäfte des Sohnes erworbenen gleichartig ist, nur dann vom Vater einklagen, wenn er einen Ueberschuß zu fordern hat; diesen zu erhalten wird ihm natürlich nicht die actio de in rem verso, wohl aber die actio de peculio nützen können, bei welcher es indessen stets dahingestellt bleibt, ob sie ihm solidum servat: höchstens bekömmt er den Betrag des Peculiums.

Wenn aber der Sohn verklagt wird und statt zu zahlen mit der Gegenforderung des Vaters compensirt: so nimmt er zwar einerseits seinem Vater diese Forderung, verbessert aber anderseits das Vermögen desselben um deren Betrag, indem er ihn von der actio de in rem verso befreiet, mit welcher der Vater geradeso weit haften würde [23]). Der Gewährung also des erheblichen Vortheils, welchen der Sohn durch die Gestattung einer solchen Compensation gewinnt, steht von dieser Seite um so weniger im Wege, als der Vater den Schaden, den er etwa durch zu geringe Veranschlagung seiner Forderung bei der Gegenrechnung erleiden könnte, mittels des ihm gewahrten Rechtes zur Anfechtung der Compensation jederzeit zu vermeiden imstande ist. Und dies wird der einzige Fall sein, wo die cautio de rato zu praktischer Bedeutung kömmt. Auch der Contrahent des Sohnes darf sich über die Gestattung der Compensation in diesem Falle ebensowenig beschweren als über die Zulassung der Compensation mit einer Gegenforderung aus derselben obligatio bonae fidei überhaupt [24]). Und diese Grenze haben die Römer streng innegehalten. Zwar streitet gegen ihre Ueberschreitung nicht das Interesse des Vaters, soweit es sich um Forderungen desselben aus andern zweiseitigen Geschäften des Sohnes mit diesem Contrahenten handelt, der seinerseits daraus noch nicht befriedigt ist. Wohl aber streitet dagegen die gleiche Billigkeit, welche zugunsten unseres Gläubigers auch anderswo es verbietet Forderungen eines dritten gegen denselben zur Aufrechnung zu bringen, weil jenem die Verfügung über seine Forderung solange ungeschmälert bleiben muß, als dieselbe nicht zur Unbilde gegen den Schuldner führt [25]). Denn darum, daß man die Compensation nicht mehr als bloßes Vertheidigungs-, sondern auch als Befriedigungsmittel betrachten

---

[23]) s. l. 10. §. 1. §. 3. D. de in rem verso. 15, 3. —

[24]) — quia unus contractus est. s. eben §. 19.

[25]) s. Dernburg § 40. p. 376.

lernte, hat sich der erste Grund ihrer Geltung, der in der Billigkeit beruht [26]), keineswegs so geändert, daß sie nunmehr sogar da stattfände, wo sie unbillig sein würde.

§. 26.

V. Die Bestimmungen Justinians.

a. Praktische Bedeutung der exceptio im spätesten römischen Processe.

Es ist schon oben in §. 18. unter 4. bemerkt, daß der alte processualische Gegensatz zwischen solchen Befreiungsgründen von einer Verbindlichkeit, welche ipso jure, und andern, welche ope exceptionis wirkten, mit dem Untergange des Formularprocesses zwar in seiner ursprünglichen Bedeutung habe fortfallen müssen, darum jedoch keineswegs als solcher aufgehoben worden sei.

Daß ein Gegensatz zwischen diesen Vertheidigungsarten noch im justinianeischen Rechte bestanden habe, ergiebt sich, wie gleichfalls bereits angedeutet worden ist, aus der Sorgfalt, mit der die Compilatoren in den Stellen der classischen Juristen denselben uns überliefert haben, während es ihnen doch ein Kleines gewesen wäre ihn durchgehends auszumerzen, wie sie andere derartige Unterscheidungen ausgemerzt haben, welche wie z. B. das jus Quiritium und das in bonis esse, die Stellung des cognitor und des procurator u. s. w. im justinianeischen Rechte in Eines verschmolzen sind. Noch unzweifelhafter wird das Dasein eines solchen Gegensatzes durch die Aufnahme des Titels de exceptionibus in Justinians Institutionen. Es ist undenkbar, daß in der Weise, wie es dort geschieht, von einem Institute gesprochen wäre, welches als bloße historische Erinnerung ohne jegliche praktische Bedeutung, selbst ohne alle besondre Förmlichkeit durch zwei Jahrhunderte sich fortgeschleppt haben müßte [1]).

---

[26]) l. 36. D. de admin. tut. 26, 7. (Papinian.)

[1]) Von 342, der völligen Aufhebung des Formularprocesses, bis auf Justinian. — In der That habe ich keine Vorstellung, worin wohl die „alterthümliche Färbung“ bestanden haben soll, in welcher Dernburg p. 360. die exceptio doli opponiren läßt. Wenn die Verhandlungen im justinianeischen Processe formlos waren: wie hätte man an dieser Form kleben sollen, da alles,

Ein praktischer materieller Unterschied indessen ist schwerlich nachzuweisen. Die von Savigny vertheidigte Begriffsbestimmung der exceptio, wonach dieselbe eine auf ein selbständiges Recht des Beklagten gestützte Vertheidigung sein soll [2]), ist, um von der Frage nach ihrer Richtigkeit ganz abzusehen, einmal zu fein, als daß die Compilatoren sie hätten verstehen können, zumal da sogar die classischen Juristen, welche dieselbe, soviel ich weiß, nie auch nur andeuten, sie höchstens instinctmäßig getroffen haben müßten. Die einzige praktische Anwendung aber dieser Begriffsbestimmung für das justinianeische Recht, wonach das der exceptio zugrundeliegende Recht möglicherweise wegfallen, und dadurch das Klagrecht, das noch nicht actuell aufgehoben war, wieder wirksam werden kann, während dies bei ipso jure aufgehobenen Ansprüchen nicht möglich sein soll [3]), — diese Anwendung, sage ich, kann es nicht gewesen sein, was die Compilatoren veranlaßt hat in den angeführten Beziehungen den fraglichen Unterschied der Vertheidigungsgründe zu erwähnen, aus dem einfachen Grunde nicht, weil derselbe den alten formellen Unterschied keinesweges deckt, die Fälle des letztern aber es sind, in denen die

---

womit sie zusammenhing, eine graue Sage geworden war? Und dabei ist namentlich nicht zu vergessen, daß die stille Macht selbst sinnloser Tradition, mit der sich vielleicht dergleichen im Gebrauche fortschleppt, hier kaum in Frage kommen kann, weil sie durch Verlegung des den Ton angebenden Reichsmittelpunctes und durch die eingreifendsten Verfassungsänderungen Constantins wohl so gut wie beseitigt war. Keinesfalls könnte es durch solche Tradition des Gerichtsgebrauches erklärt werden, daß Justinian in der l. 23. §. 2. Cod. ad SC. Vellej. 4, 29. unterscheidet zwischen einer Ungültigkeit der Intercession eines Frauenzimmers, welche ohne, und einer Unwirksamkeit derselben, welche durch exceptio geltend zu machen ist. —

Der Gegensatz zu der Behandlung der exceptio in den Institutionen tritt recht deutlich heraus durch Vergleichung derselben mit der Behandlung der Interdicte, von denen wirklich nur noch der Name als etwas Besonderes fortgedauert hat. Sequitur, ut dispiciamus de interdictis, seu actionibus, quae pro his exercentur. Erant autem interdicta etc. pr. und §. 8. J. de interd. 4, 15. Rubr. D. de interdictis sive extraordinariis actionibus, quae pro his competunt. 43, 1. l. 3. l. 4. Cod. de interd. 8, 1.

[2]) v. Savigny, Syst. Bd. V §. 226. p. 160 ff. — Schwerlich würden danach die Compilatoren von dem Vorwurfe eines gedankenlosen Beibehaltens einer unverstandenen Terminologie freizusprechen sein. s. das. §. 228. p. 182. — vgl. Becker, die processſ. Consumption p. 93 ff. Brinz, Pandekten. §. 39. p. 131 f.

[3]) Puchta, Pandekten. §. 268.

Compilatoren ausschließlich von der Aufhebung per exceptionem im Gegensatze zur ipso jure vor sich gehenden Aufhebung sprechen.

So bleibt schwerlich etwas Anderes übrig, als eine fortdauernde processualische Bedeutung der exceptio anzunehmen.

In ganz ähnlicher Weise verhält es sich mit dem Institute der in integrum restitutio, das gleichfalls seine wesentliche Voraussetzung im Formularprocesse gehabt hatte. Wo die hergebrachten Formen der Instruction dem Privatrichter versagten, gewisse Verhältnisse, die gleichwohl Berücksichtigung zu verdienen schienen, zu berücksichtigen: da legte sich der, an diese Formen nicht gebundene, Prätor selbst entscheidend ins Mittel [4]). Mit dem Wegfallen dieser Formen hätte auch die in integrum restitutio als formell-processualisches Institut wegfallen können, wie es bei uns als solches, bis auf den Namen, weggefallen ist. Nichtsdestoweniger finden wir dieselbe als etwas processualisch Besonderes noch im justinianeischen Rechte. Und hier hat sie ihre Bedeutung in der Competenzbestimmung. Denn nur die höheren richterlichen Beamten dürfen entscheiden, wo es sich um eine in integrum restitutio handelt [5]); und es ist daher lediglich als eine Competenzerweiterung der judices pedanei anzusehen, wenn bestimmt wird, daß es in einem gewissen Falle der in integrum restitutio nicht mehr bedürfe, sondern die betreffenden Umstände ipso jure wirken sollen [6]).

---

[4]) s. v. Keller, Civilpr. §. 79.

[5]) l. 16. §. 5. l. 17. l. 18. pr. §§. 1 — 4. l. 42. D. de minor. 4, 4. l. 26. §. 1. D. ad municip. 50, 1. tit. Cod. ubi et apud quem cogn. in integr. rest. 2, 47.

[6]) l. 5. Cod. in quib. causs. 2, 41. (Justinian.) Sancimus favore imperfectae aetatis exceptionem non numeratae pecuniae ab initio minoribus non currere; ne dum in integrum restitutionem exspectamus, aliquod emergat obstaculum, per quod hujusmodi beneficio minor uti non possit, ne substantia ejus subvertatur. Sed humanius est, latius eandem legis interpretationem extendere in omnibus casibus, in quibus vetera jura currere quidem temporales praescriptiones adversus minores concesserunt, per in integrum autem restitutionem eis subveniebant, eas ipso jure non currere: melius etenim est, intacta eorum jura servari, quam post caussam vulneratam remedium quaerere videlicet exceptionibus XXX. vel XL. annorum in suo suo statu remanen-

Worin aber bestand nun der Gegensatz zwischen der processualischen Behandlung eines ipso jure, und derjenigen eines ope exceptionis wirkenden Vertheidigungsgrundes, sofern nämlich dieser die Sache selbst traf? Auch dies ist schon oben angegeben. Darin, daß der erstere gleichzeitig mit dem Klaggrunde, der andere erst, nachdem der Klaggrund rechtlich gewiß war, zum Beweise gelangte.

Dies ist keine neue Behauptung, wenigstens nicht, soweit sie die Zeit des Exceptionsbeweises betrifft. Schon Cujacius hat sie deutlich genug ausgesprochen [7]). Aber auch in unsern Tagen ist sie mit voller Bestimmtheit namentlich in einem Werke vorgetragen, das nicht zu kennen schwerlich jemand gestehen möchte, der vom römischen Processe einiges wissenschaftliches Verständniß

---

tibus. — vgl. l. 4. eod. l. 3. Cod. si adv. libertatem. 2, 31. (Valer. et Gallien.) s. oben §. 3. Note 4. — So hat also auch hier das ipso jure eine von seiner ursprünglichen sehr abweichende praktische Bedeutung.

[7]) Cujac. Not. ad lib. IV. tit. 19. Cod. de probat. l. 19. — peremptoria exceptio opponi potest quovis tempore modo ante sententiam: — probari debet, postquam actor probavit intentionem suam. s. oben §. 3. Note 22. —

vgl. Guil. Hübbe, de exc. rei judicatae. Jen. 1827. §. 5. Dieser giebt einen andern processualischen Unterschied an, nämlich den, daß der Richter, wenn er aus des Klägers eigenem Vortrage den Eintritt eines ipso jure wirkenden Vertheidigungsgrundes, z. B. der Zahlung, erfahren habe, die Klage sofort abweisen müsse, während es zur Berücksichtigung einer selbst aus dem Klagvortrage erhellenden exceptio immer noch der beklagtischen Berufung darauf bedürfe. Dieser Unterschied läßt sich indessen aus den justinianeischen Rechtsbüchern schwerlich nachweisen. Wenn aus dem Klagvortrage hervorgeht, daß ein Recht niemals erworben ist, wie z. B. wenn aus einer formlosen Intercession eines Frauenzimmers geklagt wird, so ist die Klage zweifelsohne sogleich zurückzuweisen. Wenn aus einem Darlehen geklagt wird, und der Kläger selbst die Zahlung behauptet, so ist er entweder ebenso wenig zurückzuweisen, als wenn er etwa behauptet, er habe des Darlehens halber ein pactum de non petendo abgeschlossen; oder er ist im letztern Falle ebenso gut zurückzuweisen als im erstern. Dennoch würde die Obligation dort ipso jure, hier nur durch die exceptio pacti getilgt sein. Es läßt sich jedoch weder dafür noch dagegen beweisen aus den Rechtssätzen über solche Exceptionen, die eine eigentliche Rechtswohlthat enthalten, wie z. B. die exceptio SC. Vellejani, indem hier sehr wohl der Grundsatz: beneficia non obtruduntur eigenthümliche Wirkungen haben könnte. — Es würde übrigens hier zu weit führen, wenn ich diese so bestrittene Materie erschöpfend durchsprechen wollte.

gesucht zu haben behauptet. Es ist dies Bethmann = Hollwegs Werk: Gerichtsverfassung und Proceß des sinkenden römischen Reichs. Hier heist es §. 23. p. 263. wörtlich:

„Die peremptorischen Einreden —, obgleich auch sie häufig gleich anfangs vorgeschützt, contestirt zu werden pflegten, sollen erst nach dem Beweise des Klaggrundes zur Verhandlung kommen [8].“

Es wäre in der That wünschenswerth, daß Brinz die Gründe angegeben hätte, aus denen er, im geraden Widerspruche mit dieser, auch von Puchta angenommenen [9]), Ansicht Bethmann-Hollwegs, so bestimmt behauptet, man könne nicht nachweisen, daß im späteren Verfahren die exceptio an einen gewissen Zeitpunct der Verhandlung gebunden war [10]).

Mich dünkt, man kann das so gut nachweisen, als irgend etwas.

Es ergiebt sich unzweifelhaft erstens aus den von Bethmann-Hollweg dafür angeführten Stellen.

l. 9. Cod. de praescriptione longi temporis. 7, 33. (Diocletian. et Maxim.)

---

[8]) Dadurch, daß sie noch zu jeder Zeit, solange die Sache nur nicht rechtskräftig entschieden ist, selbst in der Appellationsinstanz, zugelassen werden, unterscheiden sie sich nur von den dilatorischen Einreden, nicht aber von ipso jure wirkenden Vertheidigungsgründen. l. 6 §. 1. Cod. de app. 7, 62. l. 4. Cod. de temp. app. 7, 63. — Die Richtigkeit dieser Behauptung für peremptorische Einreden geht übrigens hervor theils aus den angeführten Stellen, theils aus l. 2. Cod. sent. rescindi non posse. 7, 50. l. 4. l. 8. Cod. de excep. 8, 36. s. auch Zimmern, der röm. Civilpr. §. 98. p. 307. — A. M. Krug, die Lehre. §. 91. p. 238 f., der u. a. gerade in der Aufhebung der Nothwendigkeit sich spätestens bis zur Litiscontestation auf die Compensation zu berufen, welche bei allen arbitriis und namentlich bei in rem actiones bis auf Justinian fortbestanden habe, die Bedeutung der l. 14. pr. Cod. de comp. sucht. (auch Donellus. s. oben §. 3. Note 22.) vgl. dagegen Sintenis in der Zeitschrift für Civilr. u. Proceß. Bd. 18. p. 11 ff.

[9]) Inst. Bd. 2. §. 185. „Die peremptorischen Einreden können schon bei der Litiscontestation, aber ebensogut in jedem späteren Stadium des Processes, solange nur die Sache noch nicht rechtskräftig entschieden ist, vorgebracht werden, und in jedem Falle kommen sie zur Verhandlung erst dann, wenn der Kläger was ihm obliegt, bewiesen hat.“ s. auch Planck, die Lehre von dem Beweisurtheil. Göttingen 1848. §. 14. p. 120.

[10]) Brinz, die Lehre. §. 40. p. 130.

Emptor bona fide contra praesentem decennii praescriptione, cujus initio contestationem haberi sufficit, posteaquam suam impleverit intentionem petitor, adhibita probatione justae possessionis defensus, absolvi recte postulat.

l. 9. Cod. de exceptionibus. 8, 36. (Iidem.)

Si quidem intentionem actoris probatione deficere confidis, nulla tibi defensio necessaria est. Si vero de hac confitendo, exceptione te munitum asseveras, de hac tantum agi convenit. Nam, si etiam de intentione dubitas: habita exceptionis contestatione, tunc demum quum intentionem suam secundum asseverationem suam petitor probaverit, huic esse locum monstrari convenit.

Ferner gehört hierhin eine Stelle, welche zwar von dilatorischen Einreden handelt, allein, nach der zweifelsohne richtigen Auffassung, von solchen dilatorischen Einreden, welche die Sache selbst treffen, und welche daher, obwohl sie nothwendig vor der Litiscontestation vorgeschützt werden müssen, erst wie die peremptorischen Einreden nach bewiesenem Klaggrunde zum Beweise gelangen [11]). Dies ist l. 19. Cod. de probationibus. 4, 19. (Dioclet. et Maxim.)

Exceptionem dilatoriam opponi quidem initio, probari vero, postquam actor monstraverit, quod adseverat, oportet [12]).

Bestätigt wird sodann der Inhalt dieser Stellen durch die Vergleichung des Titels de exceptionibus in Justinians Institutionen wie in der Paraphrase des Theophilus mit den entsprechenden §§. 115—125. im vierten Buche des Gajus.

Theophilus hat im §. 1. h. t. — *κινοῦντί μοι τὴν* ex stipulatu, *ἀντιθήσεις παραγραφὴν λέγων* (mihi ex stipulatu agenti

---

[11]) Bethmann-Hollweg, Gerichtsverfassung. §. 23. cit. zu Note 13 u. 14.

[12]) Hierneben mag etwa noch aufgeführt werden l. 16. §. 2. Cod. de fide instrum. 4, 21. verb.: — Is vero, qui sub tutela aut cura est, possit objicere probationi exceptionem non numeratae pecuniae. Vielleicht gewinnt die alte Streitfrage, ob nicht die exceptio non numeratae pecuniae vielmehr eine Negation des Klaggrundes als eine exceptio sei, durch die Erwägung neues Licht, daß sie erst nach geführtem Klagbeweise zu praktischer Bedeutung kömmt, wie jede andre exceptio auch, die nicht als sofort liquide augenblickliche Abweisung der Klage, im alten Processe denegatio actionis, zurfolge hat.

exceptionem oppones, dicens) u. s. w.; und in §. 2. *Εἰδὼς ἐγὼ, ὅτι ἡ ἐπερώτησις ἐποίησε τὸ ἑαυτῆς, κινῶ κατὰ σοῦ τὸν κονδικτίτιον, ὡς ἀπὸ τῆς ἐπερωτήσεως διὰ τὴν τοῦ νόμου ἀκρίβειαν; ἀλλ' ἐπειδὴ ἄδικόν ἐστι καταδικάζεσθαί σε, ὡς τῆς ἀπαριθμήσεως μὴ γενομένης, δοθήσεταί σοι παραγραφὴ ἡ τῆς ἀναργυρίας, ἣν οἱ νομικοὶ λέγουσι* pecuniae non numeratae. (Ego sciens, stipulationem esse efficacem, condictionem adversus te instituo, tanquam ex stipulatu, propter juris rigorem; sed quoniam iniquum est, te condemnari, utpote solutione non facta, exceptio tibi dabitur, quam jureconsulti vocant pecuniae non numeratae.) — In §. 1. der Institutionen wird zwar gewöhnlich gelesen: d a t u r tibi exceptio; allein nach der kritischen Note Schraders dürfte das in drei Handschriften vorkommende d a b i t u r, der Lesart des Theophilus entsprechend, die ursprüngliche Lesart sein. Im §. 2. ist die entsprechende Stelle mit debere te defendi per exceptionem gegeben. Dagegen findet sich in §. 3. in Einer Handschrift statt des üblichen defend i tur defend e tur; ebenso im §. 4. nach einer andern Handschrift die gleiche Abweichung. Ich halte diese abweichenden Lesarten für die echten: denn in der That erklärt sich sehr wohl die Aenderung aus dem Futurum in das Präsens, das sonst im Satze herrscht, während die Abweichung namentlich aus datur in dabitur sehr unwahrscheinlich ist. Im Gajus dagegen steht in §. 117. d a t u r mihi exceptio; oppon i tur tibi exceptio. — In ganz gleichem Verhältnisse wie die exceptio zur actio steht die replicatio zur exceptio. Auch hier hat das pr. J. de replicationibus 4, 14. replicatio ei d a b i t u r, Gajus in §. 126. in übrigens genau entsprechendem Zusammenhange replicatio mihi d a t u r.

Will man nicht annehmen, daß diese auffallenden Aenderungen durch blinden Zufall entstanden sind: so dürfte schwerlich eine andre als die folgende Erklärung bleiben. Gajus spricht vom Formularprocesse: hier wird die exceptio mit der actio, die replicatio mit der exceptio gleichzeitig ertheilt. Die Verfasser der Institutionen haben ihre Zeit im Auge: hier kömmt die exceptio erst zur Verhandlung und zum Beweise, wenn die actio; die replicatio erst, wenn die exceptio verhandelt und bewiesen ist. Bestimmt man daher die Zeit nach dem Augenblicke der Klaganstellung oder resp. der Einwendung der exceptio: so hat Gajus alles Recht für die Ertheilung der Einrede, der Replik auch

das Präsens, die Compilatoren haben alles Recht, ja, wenn sie genau sprechen wollen, die Pflicht das Futurum zu setzen [13]).

Nimmt man nun danach als richtig an, daß eine Exception erst nach bewiesenem Klaggrunde zur Verhandlung und zum Beweise kam: so wird es, um die darin liegende praktische Bedeutung der exceptio darzuthun, ferner noch des Nachweises bedürfen, daß ipso jure wirkende Vertheidigungsgründe gleichzeitig mit dem Klaggrunde verhandelt und bewiesen wurden. Hieran scheinen selbst diejenigen nicht gedacht zu haben, welche jenen Satz lehren. Bethmann-Hollweg spricht sich wenigstens nicht ausdrücklich darüber aus; Puchta [14]) aber erklärt geradezu: „Der Unterschied zwischen einer Vertheidigung, wodurch der Beklagte das Recht des Klägers als vernichtet und damit die Intentio selbst als unrichtig darstellt, und derjenigen, wodurch er die an sich und ipso jure richtige unwirksam macht, hat als eine processualische aufgehört; von beiden Arten der Vertheidigung gelten an sich processualisch dieselben Grundsätze.“ Es wird indessen nicht schwer fallen, die Richtigkeit auch dieses zweiten Satzes, und namentlich mit unmittelbarer Beziehung auf den Compensationseinwand nachzuweisen.

Justinian sagt in l. 14. §. 1. Cod. de comp. 4, 31.: — Satis — miserabile est, post multa variaque certamina, quum res jam fuerit approbata, tunc ex altera parte, quae jam paene convicta est, opponi compensationem jam certo et indubitato debito. Daraus erhellt mit Bestimmtheit, daß, abgesehen ganz von der im §. 1. getroffenen Bestimmung Justinians, der Compensationseinwand wenigstens vorgebracht werden konnte, während über den Klaggrund noch verhandelt wurde. Zwar scheinen die Ausdrücke: res jam approbata und jam certum et indubitatum debitum für das Gegentheil zu zeugen; allein aus den zwischen beiden stehenden Worten: altera pars, quae jam paene convicta est, ergiebt sich, daß jene nur ge-

[13]) Wann übrigens diese Behandlung der Einreden zuerst aufgekommen ist, läßt sich mit Sicherheit wohl nicht bestimmen, namentlich auch nicht, ob sie noch im Processe per formulas angewandt, oder zuerst in den extraordinariae actiones vorgekommen sei. Jedenfalls lehren die Stellen, daß sie zu Diocletians Zeit bereits stattgehabt habe.

[14]) c. l. §. 185.

braucht sind um recht nachdrücklich zu bezeichnen, der Beweis des Klaggrundes sei beinahe vollständig, also im Vergleich zum Beweise der illiquiden Gegenforderung so gut als schon erbracht. Und vollends gewiß wird dies durch die Decisivworte des §. 1.: litem jam paene expeditam sententia terminali componant (sc. judices). Die Gegenforderung wurde vorgeschützt, während der Beweis der Klagforderung, wenn auch seiner Beendigung nahe, doch noch schwebte.

Es kann danach, wenn unsere obige Ausführung richtig ist, die Compensation nicht wohl zu denjenigen Vertheidigungsgründen gehören, welche ope exceptionis geltendgemacht werden. Wenn nun aber im pr. l. 14. cit. ausdrücklich bemerkt ist: Compensationes ipso jure fieri: was ist wohl natürlicher, als in dem ipso jure den gewöhnlichen Gegensatz zu einem ope exceptionis, und folgeweis in dem Inhalte des §. 1. den Beweis unseres Satzes zu finden?

Die praktische Erheblichkeit der so herausgestellten processualischen Verschiedenheit springt, wie bereits oben hervorgehoben worden, schon dann in die Augen, wenn man den Fall setzt, daß der Beweis des Vertheidigungsgrundes leicht, der Klagbeweis dagegen höchst verwickelt und weitläufig ist. — Noch erheblicher jedoch, als er bei uns wäre, war dieser Umstand für das justinianeische Recht.

Bei dem selbst in der späteren Kaiserzeit immer noch sehr beträchtlichen Umfange der Provinzen, deren Präsides die ordentlichen Richter erster Instanz für die Mehrzahl aller Sachen waren [15]), und bei der Langsamkeit und Unsicherheit des Verkehres, der die Entfernung zweier Orte in einer ganz andern Weise fühlbar machte, als die Gegenwart sich dergleichen vorzustellen geneigt ist, bei diesen Umständen einerseits; und bei der durchgehends vorausgesetzten Gegenwart beider Theile zur Vornahme irgend einer gerichtlichen Verhandlung nach der geschehenen Einlassung anderseits [16]), musten sich die Parteien nicht selten genö-

---

[15]) Bethmann-Hollweg, Gerichtsverfassung. §. 5. p. 66.

[16]) s. namentlich l. 13. Cod. de judiciis, 3, 1. (Justinian.) Es soll danach die einseitige Fortsetzung des Processes nur unter der Voraussetzung gestattet sein, daß der Ablauf des Proceßtrienniums zu befürchten ist. l. 13. cit. §§. 2. 5.

thigt sehen, während der ganzen Dauer eines Rechtsstreites, von ihrer Heimath fernbleibend, am Gerichtsorte oder in dessen Nähe ihren Aufenthalt zu nehmen. Welche Unzuträglichkeiten dies aber mit sich brachte, das ist leicht zu begreifen. War dies nun schon der Fall, wenn in der eignen Provinz der Parteien processirt wurde: wie viel drückender noch muste es sein, wenn der Gerichtsort in einer andern, vielleicht sehr entfernten, Provinz lag, wenn er etwa Constantinopel selbst war, was aus verschiedenen Gründen häufig genug geschehen zu sein scheint. In der That wird es uns auch verschiedentlich geklagt, welche Vermögensnachtheile aus solchen Processen entständen [17]). Und diese Nachtheile wuchsen selbstverständlich mehr und mehr, je längere Zeit ein Rechtsstreit erforderte. Seine raschere oder langsamere Beendigung aber war nicht selten gerade durch den fraglichen Unterschied der Vertheidigungsgründe bedingt.

§. 27.

b. Bestimmung der l. 14. Cod. de compensationibus.

Ergiebt sich nach dem Vorhergehenden die fortdauernde, ja gesteigerte Wichtigkeit des alten Unterschiedes zwischen den beiden

---

[17]) Nov. 53. praef. (Ich gebe die folgenden Textworte nach der Uebersetzung der osenbrüggeschen (kriegelschen) Ausgabe.) — relinquentes eum, qui se stitit vel adductus est, in peregrina terra sumptibus atterendum. — c. 1. — de omnibus sumptibus, quos in itinere et dum in peregrina terra commoratus est, fecit, ex jurejurando ejus judicetur, atque in eos judex temere in jus vocantem condemnet.

Nov. 69. c. 1. §. 1. in f. Quid enim pejus, quam eum, qui vel per ablationem bovis, vel equi, vel jumenti alicujus, vel pecudis, vel (ut minimum dicamus) avis domesticae laesus est, cogi, ut non in ea provincia, in qua illi res ablata est, litiget, sed alio currat, ibique probationes eorum, quae ei acciderunt, exigantur, et vel multo plures sumptus, quam res valet, faciat, vel cum gemitu inopiam ferat? Hinc magna quotidie nos interpellantium multitudo, et plerumque in ejusmodi caussis ob res exigui momenti molestamur, magnam virorum magnamque mulierum multitudinem sedibus suis excitari, et ad felicem hanc civitatem venire, quorum plurimi mendicantes etiam et stipem colligentes hoc agunt, interdum etiam hic moriuntur.

Classen der Vertheidigungsgründe: so kann diese gleichwohl für persönliche Klagen nicht in Betracht gekommen sein um Justinianen zur Bestimmung der l. 14. pr. Cod. zu veranlassen.

> Compensationes ex omnibus actionibus ipso jure fieri sancimus, nulla differentia in rem vel personalibus actionibus inter se observanda.

Denn bei diesen Klagen wurde schon längst ipso jure compensirt, wie wir gesehen haben.

Der eigentliche Schwerpunct der angeführten Verordnung indeß läßt sich nicht lange suchen. Es ist die Vorschrift, daß von jetzt an auch bei actiones in rem ipso jure solle compensirt werden.

Desto bestrittener ist die Bedeutung jener Vorschrift.

Als herrschende Ansicht darf es wohl betrachtet werden, daß unter compensatio hier dasselbe verstanden sei, was sonst darunter verstanden wird; und daß diese Compensation bei in rem actiones dann statthabe, wenn und soweit es aus irgend einem Grunde zur Verurtheilung in die Litisästimation kömmt, indem in diesem Falle allein die nothwendige Voraussetzung jeder Compensation: Gleichartigkeit der beiderseitigen Ansprüche vorhanden sei [1]).

Bis auf Justinian ist nun in diesen Fällen die Compensation weder unbedingt gestattet, noch unbedingt ausgeschlossen gewesen. Sie kam vielmehr sogar dem Namen nach schon in clas-

---

[1]) s. z. B. schon die Glosse ad l. 14. pr. cit. ad v. actionibus. Quid est ergo, quod hic subjicit, rei vindicationi posse opponi compensationem? Resp. desiit res posse hic praestari dolo vel culpa possessoris: unde venitur ad aestimationem, et sic fit compensatio. — Donell. Comm. ad tit. 31. lib. IV. Cod. Nro. 4. Comm. de jure civ. lib. 16. c. 15. Nro. 4. u. a. O. — Noodt, Ad lib. 16. tit. 2. D. de comp. Obtineat igitur compensatio aeque in actionibus in rem atque in actionibus in personam: non idcirco obtinet in omni casu, in quo actio in rem locum habet: sed demum, si in ea praestanda quantitas est. — Krug, die Lehre. §. 17. p. 48 f. vgl. §. 50. p. 132. — Puchta, Pandekten. §. 289. und Vorles. dazu u. s. w. — Dernburg §. 37. p. 362 ff. — Im einzelnen finden sich hier Abweichungen. So beschränkt z. B. Gesterding, Ausbeute von Nachforschungen über verschiedene Rechtsmaterien, 3. Th. p. 192 ff. die Statthaftigkeit der Compensation bei der rei vindicatio auf den Fall, wo es der caussa rei halber zur Geldcondemnation kömmt; und bei der hereditatis petitio auf die Gegenforderungen, welche den Erblasser oder die Erbschaft betreffen.

fischer Zeit vor: bei der rei vindicatio rücksichtlich connexer Gegenansprüche, welche retentionsweise geltendgemacht werden konnten, so lange noch Aussicht auf die Restitution der Sache selbst vorhanden war [2]); bei der hereditatis petitio ebenfalls rücksichtlich der Verwendungen und Ausgaben für die Erbschaft [3]), und nicht minder wegen der Forderungen des Beklagten an den Erblasser [4]); bei der hypothecaria in rem actio ähnlich wie bei der vindicatio [5]).

Es ließe sich sehr wohl denken, daß Justinian nicht allein rücksichtlich der Wirksamkeit dieser Fälle eine Aenderung getroffen, sondern daß er obendrein das Herrschaftsgebiet der Compensation im besprochenen Sinne erweitert und namentlich auf alle Fälle einer Gegenforderung in Gelde erweitert hätte.

Mag man indeß eine solche Erweiterung annehmen oder mag man sie nicht annehmen: man wird auf keine Weise die Schwierigkeit zu überwinden vermögen, welche bei dieser Auffassung der Compensation bei in rem actiones das ipso jure veranlaßt, an dem in der That alle Erklärungsversuche scheitern.

Ein wirkliches Vonselbsteintreten der Compensation kann mit dem ipso jure unmöglich bezeichnet werden sollen: woran sollte ein solches sich zeigen? wie sollte es wirken?

Eine Beziehung auf die vis retrotractiva der Compensation ließe sich hier freilich zur Noth denken; allein dieselbe würde, soweit sie zu denken ist, schon vor Justinian vorgekommen sein, der doch das ipso jure compensari für in rem actiones eingeführt zu haben behauptet [6]).

---

[2]) l. 36. i. f. D. de R. V. 6, 1. (Cels.) s. oben §. 12. p. 136. Note 32. — l. 48. l. 65. eod. (Papinian.) u. s. w.

[3]) l. 20. pr. (Ulp.) l. 31. pr. l. 37. (Id.) l. 38. (Paull.) l. 39. (Gaj.) l. 50. §. 1. (Papinian.) l. 58. (Scaev.) D. de H. P. 5, 3. l. 4. l. 5. Cod. eod. 3, 31. (Anton.)

[4]) l. 21. § 2. D. de inoff. test. 5, 2. (Paull.) l. 31. §§. 1. 2. de H. P. 5, 3. (Ulp.)

[5]) l. 29. §. 2. D. de pign. 20, 1. (Paull.) — Ist dies Abrechnen wirklich die Compensation, welche Justinian in l. 14. pr. Cod. und §. 30. J. im Auge hat, so hat also Donellus Comm. ad l. ult. Cod. Nro. 4. a. E. nur in sehr eingeschränktem Maße mit der Bemerkung recht, daß die alten Juristen an der Statthaftigkeit der Compensation bei in rem actiones gezweifelt haben.

[6]) s. l. 65. pr. D. de R. V. 6, 1. (Papinian.) Emptor praedium, quod

Auch Dernburgs Erklärung des ipso jure compensari, deren Unzulässigkeit in §. 11. aus dem Zusammenhange der l. 14. selbst dargethan ist, kann hier in ihrer besondern Anwendung auf die Compensation bei in rem actiones widerlegt werden [7]). Dernburg lehrt nämlich, daß nach l. 14. pr. Cod. bei in rem actiones, erstens, wenn ohnehin eine Geldcondemnation auszusprechen sei, der Beklagte jederzeit Geldforderungen jeder Art auf dieselbe zur Abrechnung zu bringen das Recht habe; und daß ferner gewisse Gegenforderungen von vornherein, auch wenn sonst eine Verurtheilung zur Restitution der Sache selbst erfolgen müste, Abschäzzung des vindicirten Objectes veranlassen und so dem Beklagten das Recht geben, von dessen Werthbetrage den Werth jener Gegenforderungen abzuziehen, die Fälle der von Dernburg sogenannten Deductionen [8]).

Was das Erstere anbetrifft, so ist unter den Fällen, in denen es bei einer rei vindicatio, abgesehen von einer Gegenforderung, zur Geldcondemnation kommen kann, der Fall der Contumacia des Beklagten auszuzeichnen. Hier hat kein Theil ein Recht auf die Geldcondemnation: der Kläger nicht, weil der Beklagte sich in jedem Augenblicke durch Naturalrestitution zu befreien vermag; der Beklagte nicht, weil, wenigstens im justinianeischen Rechte unbestritten, der Kläger die Execution auf die

---

a non domino emit, exceptione doli posita, non aliter restituere domino cogetur, quam si pecuniam creditori ejus solutam, qui pignori datum praedium habuit, usurarumque medii temporis superfluum recuperavit: scilicet, si minus in fructibus ante litem perceptis fuit: nam eos usuris novis duntaxat compensari, sumptuum in praedium factorum exemplo aequum est. s. auch l. 48. eod. — Daß nicht schlechthin die Zinsen gegen die zuziehenden Früchte aufgerechnet werden, erklärt sich daraus, daß der Fruchtbezug etwas Ungewisses ist, einerseits also der Vindicant nicht mit Bestimmtheit darauf hätte rechnen können; anderseits auch dem b. f. possessor nicht die äußerste Sorgfalt bei der Fruchtziehung zur Pflicht zu machen ist.

[7]) Es war dies oben nicht nothwendig, weil Dernburg selbst seine Erklärung des ipso jure nicht mit auf diesen Punkt stützt, vielmehr jene Erklärung, die schon vorher und unabhängig davon dagewesen ist, für denselben zu rechtfertigen sucht. Und so durfte es zweckmäßiger erscheinen diese Widerlegung auf den Zusammenhang der Widerlegung der Erklärungsversuche unsrer l. 14. pr. zu verschieben.

[8]) Dernburg §. 37. p. 362 f. namentlich p. 365.

Sache selbst richten kann [9]). Folglich kann schon deshalb in diesem Falle kein Theil ein Recht darauf haben, daß es zur Compensation komme. Rücksichtlich derjenigen Fälle aber, in denen es wegen der factischen Unmöglichkeit der Naturalrestitution unvermeidlich zur Geldcondemnation kömmt, kann wenigstens nicht von dem Rechte des Beklagten auf die Compensation solcher Gegenansprüche geredet werden, deren wegen er sonst retiniren dürfte; die Compensation geschieht hier vielmehr lediglich zum Vortheile des Klägers; dieser aber hat darauf schon in classischer Zeit ein Recht gehabt. Ebenso ist es es mit dem Rechte des bonae fidei possessor einer Erbschaft seine Geldforderungen an den Erblasser mit dem Betrage der Geldsumme zu compensiren, worauf, abgesehen schon von der Gegenforderung, die Condemnation gerichtet sein würde; und der malae fidei possessor hatte ein solches Recht auch im justinianeischen Rechte nicht [10]). Folglich konnte der letztere auch nicht wohl ein Recht auf die Compensation von Forderungen an den Erben selbst haben. Mit diesen nicht unerheblichen Ausnahmen aber von dem allgemeinen Rechte der Parteien auf diese Compensation ist eben die Allgemeinheit dieses Rechtes widerlegt.

Die zweite Classe der Fälle anlangend, in denen gerade der Gegenforderung halber die Geldcondemnation eintreten soll, so ist natürlich die erste Frage die: welche Gegenforderungen sind es denn, die eine Verurtheilung auf Geld zur nothwendigen Folge haben?

Und darauf kann ich in Dernburgs Aeußerungen keine andere Antwort finden, als daß dies dieselben Forderungen seien, welche, nach seiner Meinung, schon zur Zeit der classischen Juristen dem Beklagten die Möglichkeit der deductio verschafft hätten [11]). Aber, zu schweigen davon, daß die von ihm dafür allegirten Stellen, l. 27. §. 5. — l. 30. l. 38. D. de R. V. 6, 1. rücksichtlich der specialis in rem actio gar nicht beweisen, daß es hier auf Verlangen des Beklagten immer zur Condemnation in

---

[9]) l. 68. D. de R. V. 6, 1.

[10]) s. l. 31. §. 1 und 2. D. de H. P. 5, 3. — vgl. Fuhr, Arch. für pract. Rechtswissensch. c. l. p. 146 ff.

[11]) Dernburg §. 37. p. 365. vgl. mit §. 35. p. 348. s. oben §. 12. Note 29.

Geld komme, würden sie, wenn sie dies bewiesen, in der That für Dernburg zuviel beweisen: nämlich, daß nicht erst Justinian es gewesen sein könne, der hier dem Beklagten ein Recht auf diese Condemnation gegeben habe. Daß in dieser Beziehung genau der alte Standpunct festgehalten ist, auf dem es die Lage des einzelnen Falles bestimmte, ob es zur Verurtheilung auf Geld, und dann bei dieser Verurtheilung allerdings zum Abzuge der auf Geld gerichteten conneren Gegenforderung, komme oder nicht, das thun zurgenüge die von Justinian aufgenommenen Bruchstücke dar, nach denen wenigstens bisweilen wegen des unbefriedigten Gegenanspruches die Klage ohne Zweifel abgewiesen werden soll, z. B. die von Dernburg selbst aufgeführten l. 5. §. 1. D. de doli m. exc. 44, 4. l. 76. pr. D. de legat. II. l. 65. pr. D. de R. V. 6, 1. l. 28. pr. D. de pign. act. 13, 7. l. 13. §. 1. D. de reb. eorum. 27, 9. l. 11. l. 27. §. 1. l. 28. D. de nox. act. 9, 4. — Ueber die Möglichkeit sodann der deductio gegenüber der hereditatis petitio gelten im justinianeischen Rechte ebenfalls genau die Grundsätze wie im classischen Rechte. Auch hier muß ich zuvörderst behaupten, daß die Stellen, welche von einem Abzugsrechte handeln, keineswegs die Unbedingtheit dieses Abzugsrechtes beweisen. Es ist mit denselben nicht allein sehr wohl vereinbar das Abzugsrecht auf diejenigen Fälle zu beschränken, in denen die Voraussetzungen der Compensation ohnehin dasind, sondern es ergiebt sich die Nothwendigkeit dieser Beschränkung geradezu durch die Vergleichung der Stellen [12]). Wie dem aber auch sei, jedenfalls hat Justinian in dieser Beziehung am bisherigen Rechte nichts geändert. Dies erhellt aus dem Inhalte der von ihm in die Pandekten aufgenommenen Aeußerungen der classischen Juristen. Es kömmt auch hier alles auf die Lage des einzelnen Falles an, dessen Beurtheilung dem Richter mehr oder weniger überlassen bleibt, wennschon eine von der blühendsten Wissenschaft unterstützte Praxis nach vielen Seiten hin die Anforderungen des innezuhaltenden arbitrium boni viri hier wie anderswo bestimmt hatte. Schlagend bezeugt dies l. 31. §. 1. D. de H. P. 5, 3. (Ulpian.)

---

12) l. 20. pr. l. 50. §. 1. l. 58. D. de H. P. 5, 3. vgl. mit l. 4. Cod. eod. 3, 31. und l. 21. §. 2. D. de inoff. test. 5, 2.

Sed si ipsi aliquid praedoni debebatur, hoc deducere non debebit: maxime si id fuit debitum, quod natura debebatur. Quid tamen si expediebat petitori, id debitum esse dissolutum propter poenam vel aliam caussam? Potest dici, ipsum sibi solvisse vel debuisse solvere [13]).

Es dürfte somit so gut als gewiß sein, daß nicht erst Justinian das objective Recht dieser Compensation geschaffen hat.

Faßt man endlich, wie es hier gewöhnlich geschieht, das ipso jure im Gegensatze zur exceptio doli [14]): so entrinnt man auch damit nicht den Widersprüchen. Denn es läßt sich ohne Zweifel aus den justinianeischen Rechtsbüchern herauslesen, daß, wenn der Betrag einer Gegenforderung von der bei einer rei vindicatio vorkommenden Litisästimation abgesetzt werden solle, dies infolge einer doli exceptio geschehe [15]). Es folgt dies namentlich auch daraus, daß dort die Meinungsverschiedenheit der classischen Juristen über die Nothwendigkeit der doli exceptio bei der hereditatis petitio, bei welcher der Richter sachgemäß ein viel unbestimmteres Ermessen haben muste, noch unausgeglichen ist. Cerbidius Scaevola und Paullus nämlich ließen hier den Absatz von Verwendungen ipso jure geschehen; Gajus und Papinian erforderten dazu die doli exceptio [16]). Die Aufnahme der dissentirenden Stellen der letzteren Juristen in die Pandekten übrigens scheint ein beachtenswerther Hinweis darauf zu sein, daß, wenn das ipso jure compensari der l. 14. pr. Cod. im Gegensatze zum compensari ope

---

[13]) Dernburg selbst hat diese Stelle. §. 36. p. 354 f.

[14]) s. z. B. Glossa ad §. 30. J. de act. ad v. actionibus. Donell. Comm. ad tit. J. de act. §. XXI. Nro. 6. Comm. ad tit. 31. lib. IV. Cod. Nro. 5. — Duaren. ad tit. de comp. Cod. 4, 31. et Dig. 16, 2. Comm. vgl. ad l. fructus §. ob donationes. (l. 7. §. 5.) D. sol. matr. 24, 3.: „Ac judicis officium in hujusmodi judiciis tale mihi videtur esse, ut rem jubeat retineri pignoris loco, donec adversarius solverit, aut inita rei aestimatione litigatores invicem liberatos usque ad concurrentem quantitatem dimittat." s. oben §. 3. Note 8. p. 16. In diesem Sinne offenbar ist die Behauptung Duarens zu nehmen: quantitas cum specie compensatur, die dann doch wohl so ganz widersinnig nicht sein dürfte. Aehnlich ist auch wohl die Meinung, welche Valett, Abhandl. Göttingen 1824. 3. Abth. vertritt. vgl. Dernburg p. 363.

[15]) l. 38. verbunden mit l. 37. de R. V. 6, 1. vgl. auch l. 27. §. 5. l. 30. l. 48. l. 65. eod. u. s. w.

[16]) l. 38. l. 58. vgl. mit l. 39. §. 1. l. 50. §. 1. D. de H. P. 5, 3.

exceptionis steht, zu der von Justinian dort gemeinten Compensation die in jenen Stellen besprochenen Abzüge nicht gehören.

Noch mehr aber verstößt man natürlich gegen die Quellen, wenn man das ipso jure compensari in dem angeführten Sinne auch auf alle Fälle der eigentlichen Retention beziehen will, wie dies z. B. Cujacius und Bellojus thun [17]). Denn gegen deren Behauptung sprechen alle die zahlreichen Stellen, nach denen noch im justinianeischen Rechte die Retention mittels einer doli exceptio geltendgemacht wird, und deren Menge es augenscheinlich macht, daß die Compilatoren sie nicht haben aus Versehen stehen lassen [18]).

---

[17]) Wenn auch beide, dem Ausdrucke nach, in verschiedener Weise: Cujacius, indem er den Begriff der Compensation erweitert — vgl. oben §. 3. Note 9. —, Bellojus, indem er zwei Arten der Compensation unterscheidet, deren eine sonst Retention genannt werde. Cujacius. Obs. XV. 12. Rubr. Compensatio fieri etiam in judiciis in rem et omnem deductionem et retentionem hodie fieri ipso jure et compensationi comparari, vel nihil aliud quam compensationem esse. — Debitum, quod deducebat olim justus possessor conventus in rem actione, id veluti compensationis jure i. e. ipso jure rem minuit, quae petitur. atque ita compensatio hodie obstat etiam actioni in rem et in definitione compensationis deberi dicitur non tantum, quod debetur actione in personam. — Omnem deductionem, reputationem, retentionem hodie fieri ipso jure tanquam compensatio. — In diesem Sinne allein sagt also Cujacius: hodie ex constitutione Justiniani nihil esse discriminis inter compensationem et deductionem. vgl. Dernburg p. 365. Note 1. — Cujac. Recit. ad lib. IV. Cod. ad h. t. u. a. O.

P. Belloji disput. de compensationibus (in Meermann thes. IV. p. 719. sqq.) p. 732. col 1. — Ex quibus omnibus certo apparet, quae fuit Justiniani sententia in l. fin. Cod. de comp., dum in actionibus in rem ipso jure compensationes fieri constituit et in §. in bon. fid. J. de act. actiones in rem ipso jure compensatione minui, ut scilicet, quum olim retentiones illae, de quibus diximus, per doli mali exceptionem in his fierent, hodie quemadmodum in bonae fidei contractibus ipso jure minuant actiones, ut plus etiam petiisse videntur, qui bonam fidem non agnoverit et sumptuum non habita mentione rem petierit. vgl. oben §. 16. p. 171. — Aehnlich fasse ich die von Edm. Merillius, Variant. ex Cujac. lib. 2. c. 4. und Observat. IV. c. 35. vorgetragene Ansicht auf, die nur noch weiter gehet, insofern sie von der Connexität auch der retinendo geltendzumachenden Gegenforderungen absieht. Valett c. l. stellt ihn zu Duaren —

[18]) s. Schenck, die Lehre vom Retentionsrecht p. 31. Anm. 6. s. auch oben §. 16. p. 174.

Keiner dieser Versuche also hat das Räthsel gelöst. Zwar auf die richtige Deutung des ipso jure ist man gefallen; denn wenn ipso jure compensari in den andern Stellen, wie ich glaube nachgewiesen zu haben, bezeichnet, daß es zur Compensation einer doli exceptio nicht bedürfe: so ist es wohl so gut als gewiß, daß es dies in l. 14. pr. auch heißen solle. Folglich liegt die Schwierigkeit allein in der Begriffsbestimmung von compensari.

Es können hierunter nach dem Obigen nicht diejenigen Fälle verstanden werden, in denen es zum Abzuge des Betrages von Verwendungen auf den vindicirten Gegenstand kömmt, wo statt desselben die Litisästimation geleistet wird. Allein es hat auch an und für sich, dünkt mich, wenig Wahrscheinliches, daß Justinian eine derartige Geltendmachung einer Verwendung ipso jure wollte statthaben lassen. Denn daß dieselbe abgesetzt wird, ist immer etwas Zufälliges, bei ihrer Geltendmachung regelmäßig noch Ungewisses, da sie vielmehr retinendo wirksam zu werden pflegt [19]). Diese Compensation ist m. a. W. nur ein möglicher Erfolg der Retentionseinrede, kein für sich bestehendes Rechtsmittel, und die Form, unter der sie herbeigeführt wird, kann daher nicht gut eine andre sein als die der Retentionseinrede. Justinian hätte also die Retention auch ipso jure geltendmachen lassen müssen, wenn die ipso jure stattfindende Compensation dieser Art einige praktische Bedeutung haben sollte. — Nur bei der hereditatis petitio konnte die Klage von vornherein ausschließlich oder neben anderm auf die Auszahlung von Geldsummen gehen, und hier könnte dann allerdings eine selbständige Compensation von Forderungen gegen den Erblasser oder gegen die Erbschaft vorkommen. Es mag auch sein, daß die Controverse über die Nothwendigkeit der doli exceptio sich auf den Fall wenigstens nicht bezog, wo die Forderung gegen den Erblasser selbst gerichtet war. Dagegen spricht Papinian gerade in dem Falle von einer doli exceptio, wo die Gegenforderung erst gegenüber der Erb-

---

[19]) Vielleicht, daß dies dem P. Bellojus vorgeschwebt hat, wenn er c. l. sagt: nec verosimile est, actionem in rem appellasse (Justinianum), si res non debeatur, sed litis aestimatio postuletur, quum aliud sit res, aliud pretium.

schaft begründet wurde. — Immerhin hat Justinian hier nichts Neues eingeführt. —

Was ist denn nun aber diese merkwürdige ipso jure stattfindende Compensation bei in rem actiones?

Soviel ist wohl klar, daß in l. 14. der Name der Compensation auf diese Klagen als technische Bezeichnung angewandt wird, und zwar als eine Bezeichnung, welche mit der gleichen Bezeichnung für andere Klagen unter denselben Begriff fällt. Für die Bestimmung aber dieses Begriffes haben wir uns vor allem an diejenigen Stellen der justinianeischen Rechtsbücher zu halten, welche dieselbe zu geben beabsichtigen. Dahin gehört ganz besonders die an die Spitze des Pandektentitels gestellte Aeußerung des Modestinus:

Compensatio est debiti et crediti inter se contributio.

Freilich ist im Sinne des genannten Schriftstellers wohl schwerlich das debitum von Ansprüchen zu verstehen, welche mit einer in rem actio verfolgt werden. Allein wie auch anderswo, namentlich in der Legaldefinition von actio [20]), unter debitum jede rechtliche Verpflichtung infolge irgend eines Rechtsanspruches verstanden wird, nicht blos eine obligatorische Verpflichtung; so ist dies nach l. 14. Cod. auch in unsrer l. 1. D. h. t. cit. darunter zu verstehen.

Was ist nun der Inhalt eines debitum in diesem Sinne? Bei der rei vindicatio z. B. ist es die Verpflichtung des beklagten Besitzers den Besitz der Sache auf den Kläger zu übertragen [21]). Und danach bestimmt sich denn auch der Inhalt der

---

[20]) pr. J. de act. 4, 6. Actio autem nihil aliud est, quam jus persequendi judicio, quod sibi debetur. s. dazu Schrader. l. 51. D. de O. et A. 44, 7. (Celsus.) l. 178. §. 3. D. de V. S. 50, 16. (Ulp.) vgl. Brisson. de V. S. ed. Hein. s. v. debere. Nro. 8.

[21]) Dies sagt sehr deutlich, wennschon mit einer eigenthümlichen naturrechtlichen Beimischung, G. Noodt ad h. t. Imperator Justinianus debitum, in compensatione ante solitum haerere intra personales actiones, ad actiones in rem porrexit: arbitratus, restitutionem possessionis, quae his vindicatur, jure quidem civili domino non deberi ex ejus et possessoris conventione: sed ei deberi nihilominus jure gentium ex primaeva conventione distinctorum dominiorum: non male, nec sine exemplo: nam ita res [se] habet. Merkwürdigerweise läßt Noodt dann aber diese Bemerkung ganz fahren, und kömmt später erst auf die Compensation bei einer

Gegenforderung, welche gegenüber der rei vindicatio zur Compensation gebracht werden soll. Es muß gleichfalls der Anspruch auf den juristischen oder natürlichen Besitz der vindicirten Sache sein, einerlei, auf welchem Rechtsgrunde dieser Anspruch beruht. Man wird demnach z. B. die obligatio conducti, das Recht des Faustpfandgläubigers gegenüber der rei vindicatio zur Compensation bringen können.

Eines solchen Rechtes halber konnte man freilich schon in classischer Zeit die mit der rei vindicatio geforderte Herausgabe des Besitzes der Sache verweigern. Allein man nannte das Berufen auf ein solches Recht nicht compensatio; und hatte dazu auch guten Grund.

Denn während die Compensation von obligatorischen Ansprüchen beide Ansprüche für immer aufhebt, indem keiner erfüllt wird; wird infolge eines solchen Vertheidigungsgrundes zwar die rei vindicatio zurückgeschlagen, aber der mit der rei vindicatio verfolgte Anspruch bleibt trotzdem bestehen und kann später, nachdem der Gegenanspruch erfüllt ist, immer noch wirksam geltendgemacht werden. Es tritt hier also nur eine zeitweilige Ausschließung der Geltendmachung des einen der beiden Ansprüche ein. Ja, in denjenigen Fällen, wo z. B. das Eigenthum der That nach durch den Gegenanspruch völlig wirkungslos gemacht wird, da spricht auch Justinian nicht von Compensation.

Ferner wurde bei in rem actiones ein derartiger Vertheidigungsgrund in Form einer exceptio geltendgemacht; während man bei persönlichen Klagen die Compensation als die Ursache einer ähnlichen materiellen Befriedigung beider Theile, wie sie durch wechselweise Zahlung herbeigeführt werden würde, wie Zahlung ipso jure geltendmachen ließ: ein Gesichtspunct, der nach dem Gesagten auf die Geltendmachung einer Gegenforderung bei einer in rem actio keine Anwendung finden konnte.

Gerade die Aenderung in der Form der Geltendmachung aus dem im vorigen §. angegebenen praktischen Grunde ist es auch wohl gewesen, was Justinianen veranlaßt hat, den Ausdruck: compensatio auf in rem actiones auszudehnen, bei denen

in rem actio zurück um zu sagen, daß sie nur dann statthabe: si in ea praestanda quantitas est.

nunmehr gleichartige Gegenansprüche ebenso geltendgemacht werden sollten, wie schon längst bei persönlichen Klagen. Die gemeinsame, nach der Legaldefinition für jede passende, Bezeichnung für beide, wenn auch im einzelnen erheblich verschiedene, Institute scheint um so erklärlicher, wenn man annimmt, daß Justinian für beide gleichmäßig in demselben Gesetze das Erforderniß der Liquidität festgesetzt hat [22]). Der Zusammenhang dieser Bestimmung mit der Statthaftigkeit der Compensation ohne desfallsige exceptio bei allen Klagen erhellt nach dem im §. 26. über den Gegensatz zwischen den verschiedenen Formen der Vertheidigungsgründe Bemerkten und ist für die Richtigkeit desselben ein sprechendes Argument. Wollte Justinian dem Beklagten durchgehends eines gleichartigen Gegenanspruchs halber den Vortheil zuwenden gleichzeitig mit dem Kläger zum Beweise gelassen zu werden: so sollte anderseits der Kläger nicht unter einer unmäßigen Verschleppung des Processes wegen einer behaupteten Gegenforderung leiden. Und hob daher das pr. l. cit. den rechtlichen Grund, so wollte §. 1. die thatsächliche Möglichkeit einer solchen Verschleppung abschneiden.

Die im Vorstehenden ausgesprochene Ansicht über die von Justinian gemeinte compensatio bei in rem actiones ist endlich noch weiter zu begründen und gegen einige naheliegende, scheinbar triftige Einwendungen zu schützen.

Wenn zuerst schon die, wie ich glaube, nachgewiesene Unhaltbarkeit eines der bisherigen Erklärungsversuche einen neuen Versuch berechtigt erscheinen läßt, ja, erheischt: so ist eine fernere und speciellere Rechtfertigung dieses Versuches selbst darin enthalten, daß er mit keiner derjenigen Quellenstellen in Widerspruch geräth, welche den Begriff und die Voraussetzungen der Compensation angeben. Von der wichtigsten dieser Stellen vielmehr ausgehend sind wir zu unserm Ergebnisse gelangt. Die meisten der übrigen jedoch sind, ihrer ursprünglichen Bedeutung getreu, auf die Compensation persönlicher Ansprüche unter einander einzuschränken, ohne daß es dazu erst noch besondrer Nachweise be-

---

[22]) l. 14. §. 1. Cod. h. t. §. 30. J. de act. 4, 6. A. M. v. Scheurl, Beitr. p. 174. Es liegt nicht in meiner Aufgabe hier auf die Untersuchung über das Erforderniß der Liquidität einzugehen. vgl. Dernburg. §. 49. p. 463 ff., dessen Darstellung fürs justinianeische Recht p. 473 f. mir richtig zu sein scheint.

dürfte. Wenn freilich eine Quantitätenschuld hüben und drüben unerläßliche Voraussetzung jeder compensatio necessaria wäre, so würde schon damit unsere Erklärung widerlegt sein. Allein von jener Voraussetzung als einer Nothwendigkeit findet sich in den Quellen kein Wort. Und es hat demnach gewiß die herrschende Lehre recht, daß die Gleichheit der Gegenansprüche, welche freilich Grundbedingung der fraglichen Compensation ist [23]), auch in andern Fällen als bei gegenseitigen Quantitätenschulden vorhanden sein könne [24]). Für Verbindlichkeiten in Beziehung auf körperliche Sachen steckt Dernburg wohl der Compensation die weiteste Grenze, wenn er sagt: „Leistungen, die eine und dieselbe Sache zum Gegenstande haben, sind compensabel“ [25]). Und doch, glaube ich, muß man noch einen Schritt weiter gehen. Er scheint nämlich unter dem „Leistung“ hier ausschließlich an die Eigenthumsübertragung gedacht zu haben; sonst hätte er dasselbe etwas näher bestimmen müssen. Es ist jedoch schwerlich ein Grund seine Behauptung auf die Verbindlichkeit zur Eigenthumsübertragung einzuschränken. Vielmehr wird man gleichartige Leistungen jeder Art, mögen sie nun die Uebertragung des Eigenthumes oder des juristischen oder auch nur des natürlichen Besitzes an Einer und derselben Sache betreffen, für compensabel halten müssen. — Und damit sind wir zu unserm Ausgangspuncte zurückgelangt.

Nun erklärt sich ein Umstand, der sonst gewiß etwas höchst Auffallendes hat. Wenn wir uns nach dem Beispiele einer exceptio umsehen, die der rei vindicatio entgegenzustellen wäre: so liegt uns der Fall eines zwischen Eigenthümer und Besitzer abgeschlossenen obligatorischen Verhältnisses sehr nahe, vermöge dessen jener verpflichtet ist, diesem die Sache zu lassen [26]). Die Vertheidigung mit einem solchen Grunde gegen die in rem actio muß bei den Römern ebenfalls nicht selten vorgekommen sein —:

---

[23]) s. Paull. rec. sent. 2; 5, 3. Compensatio ex pari specie et caussa dispari admittitur. s. Arndts Pand. §. 264. Anm. 7.

[24]) Schon die Gl. ad l. 14. pr. Cod. a. v. actionibus. Hier ist von Schulden auf ein genus die Rede. — Krug, die Lehre. §§. 43. 44. p. 120 ff. Puchta, Pandektenvorles. §. 289. sub d. n. a.

[25]) Dernburg p. 413. vgl. 416. sub 4.

[26]) vgl. Puchta Pand. §. 171. — Ueber die exceptio rei venditae et traditae s. unten.

und doch schweigen unsere Quellen von einer exceptio rei locatae u. s. w.[27]). Die Verfasser der Institutionen, welche ein Beispiel einer exceptio bei einer in rem actio suchen, geben statt der bei Gajus enthaltenen, die gestrichen werden musten, weil sie sich auf unpraktische Arten der Eigenthumsübertragung bezogen, das Beispiel einer exceptio jurisjurandi, auf das man heute gewiß nicht so leicht verfallen würde[28]). Daß die alten Juristen so völlig über derartige Vertheidigungsgründe geschwiegen haben, ist undenkbar; denn es ist undenkbar, daß z. B. der Pächter dem vindicirenden Verpächter das verpachtete Grundstück hätte herausgeben und dann auf Entschädigung klagen müssen. Dies verstieße in der That gegen die Anwendung der Regel: dolo facit qui petit quod redditurus est zur Gestattung einer doli exceptio. Und wir finden wirklich für ein possessorisches Interdict, für welches alles bisher rücksichtlich der Compensation bei in rem actiones Bemerkte gleichfalls gilt, in den Pandekten bezeugt, daß dabei ein zwischen dem Kläger und dem Beklagten über die Detention abgeschlossener Vertrag in Berücksichtigung gezogen wurde, wennschon die Form, unter der dies geschah, uns nicht angegeben wird[29]). Das Schweigen der justinianeischen Sammlungen über diesen Punct erscheint dagegen nicht unbegreiflich, wenn man annimmt, daß die Compilatoren gerade infolge der l. 14. pr. Cod. die Erwähnungen der früher statthaften doli oder in factum exceptio sorgfältig ausgemerzt haben, weil statt durch eine solche nunmehr die fraglichen Vertheidigungsgründe ipso jure wirken sollten.

Aber es fehlt obendrein nicht an einem positiven Beweise dafür, daß im spätern justinianeischen Rechte die Berufung auf solche Gründe gegenüber einer rei vindicatio ipso jure stattgehabt hat. Es ist dieser Beweis enthalten in Nov. 18. c. 10., deren

---

[27]) vgl. Mühlenbruch Pand. Bd. 2. §. 276. Note 11. (Ausg. Halle 1836.) Die l. 20. D. de acq. v. amitt. poss. 41, 2. beweiset hier wohl schwerlich etwas. Ueber Nov. 18. c. 10. s. unten.

[28]) §. 4. J. de exc. 4, 13. und Theophil. ad h. l. vgl. Gaj. IV. 117.

[29]) l. 3. §. 3. D. uti possid. 43, 17. (Ulpian.) Quum inquilinus dominum aedes reficere volentem prohiberet: — competere interdictum uti possidetis placuit: testarique dominum, non prohibere inquilinum, ne habitaret, sed ne possideret. — vgl. oben §. 16. p. 173 f.

hierhergehörige Worte ich mit der lateinischen Uebersetzung der kriegel-osenbrüggenschen Ausgabe hier folgen lasse.

Κἀκεῖνο δὲ στασιασθὲν ἐν δικαστηρίοις οἰόμεθα χρῆναι κάλλιον ἤπερ ἅπαντες οἱ πρὸ ἡμῶν διαρθρῶσαί τε καὶ τάξαι. Εἴ γάρ τις ἐγκαλοῖτο πράγματα κατέχειν ἑτέρου, φάσκοι δὲ οὐκ εἶναι τὰ πράγματα ἐκείνου, περὶ οὗ φησὶν ὁ διώκων, ἀναγκασθείη δὲ ὁ τὴν ἀγωγὴν ποιούμενος ἢ συμβολαίοις, ἢ μάρτυσιν, ἢ ἑτέροις πόνοις χρήσασθαι πρὸς τὸ δειχθῆναι τὰ πράγματα ἐκείνου καθεστάναι, εἶτα ὕστερον ὁ μέχρι παντὸς διαρνηθεὶς, ἐκείνου ταῦτα μὴ γενέσθαι, χρῆσθαι βουληθείη τοῖς ἐξ ἐκείνου δικαίοις, καὶ φάσκοι, ὡς ἐξ ὑποθηκῶν ἢ ἑτέρων αἰτιῶν εἰς ἐκεῖνο τὸ πρόςωπον ἀναφερομένων κυριώτερός ἐστι τοῦ τὴν δίκην κινοῦντος, αἱ μὲν ἄλλαι πᾶσαι σχολαζέτωσαν γνῶμαι, αἱ τοῖς πρὸ ἡμῶν παραστᾶσαι, μετρία δέ τις καὶ φιλάνθρωπος καὶ αὐτοῦ τοῦ πράγματος ἐστοχασμένη ποινὴ τοῖς ἀρνηθεῖσιν ἐπαγέσθω. ὑπὲρ γὰρ τῆς περὶ ταῦτα ἀρνήσεως, καὶ τῶν τοῦ διώκοντος πόνων, καὶ λεγομένης ἔτι τῆς δίκης, ἐπὶ τὸν διώκοντα μετατιθέσθω τῶν πραγμάτων, περὶ ὧν ἡ ζήτησις γέγονεν, ἡ νομή, ἄδειαν

Illud quoque, de quo saepe in judiciis dissensiones fuerunt, melius, quam factum est ab omnibus, qui ante nos regnarunt, formandum et ordinandum esse putamus. Si quis enim ut rerum alienarum possessor conveniatur, neget vero res, de quibus actor loquitur, illius esse[30]), et is, qui actionem intendit, vel instrumentis, vel testibus, vel alio labore probare cogatur, eas res ad illum pertinere, et deinde is, qui res illius esse constanter negaverat, uti voluerit juribus ab illo sibi debitis, et dicat, ex hypothecis vel aliis caussis ad illam personam relatis se potiorem esse eo, qui litem movet, aliae quidem omnes sententiae cessent, quae majoribus nostris placuerunt, modica vero quaedam et humana ipsique rei conveniens poena negantibus imponatur. Pro inficiatione enim earum rerum et actoris laboribus etiam durante lite in actorem possessio rerum, de quibus quaestio est, transferatur, et licet illi, qui eam reddit, si quaedam jura habet a persona illa, circa

30) Dies ist sichtlich falsch übersetzt. Die Vulgata liest richtig: ille vero dicat, res non esse illius, de quo dicit actor. s. auch Bas. L. 11. l. 13.

ἔχοντος τοῦ ταύτην ἀποδιδόντος, εἴ τινα δίκαια ἔχοι, ἐξ ἐκείνου τοῦ προσώπου, περὶ οὗ πρότερον τὴν ἄρνησιν ὑπέμεινε, προσήκοντα αὐτῷ, ταῦτα προτιθέναι καὶ τοῦ νόμου καὶ τοῦ δικαίου τυγχάνειν, τῆς ποινῆς ἐν μόνῃ τῇ μεταστάσει τῆς νομῆς περιισταμένης. —

quam inficiationem antea fecerat, sibi debita, ea proponere, et jus suum obtinere, poena in sola translatione possessionis consistente. —

— μήτε τὰ ἐξ ὧν κατέχουσι τὰ πράγματα διαρνοῖντο προσώπων — etc.

ne — res ad eas personas pertinere negent, a quibus eas tenent — etc.

Was auch im übrigen der Sinn der Novelle sein mag, den wir sogleich untersuchen werden, soviel scheint sich daraus wohl mit Gewißheit zu ergeben, daß gegenüber einer actio in rem[31]) Vertheidigungsgründe ἐξ ὑποθηκῶν ἢ ἑτέρων αἰτιῶν ipso jure geltendgemacht werden konnten. Denn nach den Worten: καὶ λεγομένης ἔτι τῆς δίκης wird argumento a contrario die Möglichkeit vorausgesetzt, daß in dem Augenblicke, in dem der Klaggrund, das bestrittene Eigenthum, erwiesen ist, auch der fragliche Vertheidigungsgrund schon feststehe. Da man dies nun gewiß nicht ausschließlich als Folge des klägerischen Zugeständnisses aufzufassen braucht: so muß man also annehmen, daß der Vertheidigungsgrund durch Beweis bereits festgestellt sein konnte, während noch über den Beweis des Klaggrundes gestritten wurde. Eine exceptio aber wird erst dann zum Beweise gelassen, wenn der Klaggrund bereits gewiß ist. Folglich kann der fragliche Vertheidigungsgrund nicht als exceptio geltendgemacht worden sein.

Ein ferneres Zeugniß für die Richtigkeit meiner Auffassung der l. 14. Cod. de comp. gewinnen wir endlich durch die Bemerkung, daß in Gemäßheit ihrer in der Bestimmung der Nov. 18. c. 10. der beste Zusammenhang mit dem praktischen Leben zu Tage tritt; einen Zusammenhang, über den man bisher ebenso weggesehen hat, wie über den Bezug dieses Gesetzes auf die l. 10. Cod. unde vi. 8, 4. und l. 34. Cod. de locato. 4, 65.

---

31) Man mag als Kläger nun den Eigenthümer oder einen dritten ansehen.

Solange z. B. der Pächter mittels einer exceptio sein Pachtverhältniß gegenüber dem interdictum des Verpächters geltendmachen muste, hatte er den Besitz des Klägers zu bestreiten einen durch das Recht ihm gegebenen Grund nicht. War er imstande das von ihm behauptete Pachtverhältniß darzuthun, und mochte dieser Beweis noch solange Zeit erfordern: er wurde nur dann zur Herausgabe des Streitgegenstandes verurtheilt, wenn sein Beweis mislungen war. Lag dagegen nur einige Wahrscheinlichkeit vor, daß der Kläger seinen Besitz zu beweisen imstandesein würde: so hätte der Beklagte durch die unnöthige Verschleppung des Processes, die durch sein Leugnen deshalb unvermeidlich herbeigeführt wurde, weil er nach der Darstellung des vorigen §. gar nicht eher zum Beweise seiner exceptio kam, bevor nicht der Klaggrund festgestellt erschien, sich selber geschadet. Das Leugnen des klägerischen Rechtes wird danach besonders in solchen Fällen vorgekommen sein, in denen der beklagte Inhaber meinte, daß dasselbe nicht nachgewiesen werden könnte; in denen er also erwartete nach dem Ausgange des Processes in ungestörtem Besitze und Genusse des Streitgegenstandes zu bleiben, um welchen er auf diese Weise den ihm denselben anvertrauenden Kläger brachte. In dieser Erwägung scheint die Bestimmung des Kaisers Zeno in l. 10. und l. 34. Cod. cit.[32]), daß der Detentor einer fremden Sache, welcher das Recht desjenigen, der ihm dieselbe in Detention gegeben, daran bis zur Endsentenz bestreite, die Sache und

[32]) l. 10. Cod. unde vi, 8, 4. (Zeno Sebastiano P. P.) Non abs re est, quemadmodum possessionis alienae invasores tam vetus quam praesens sacra constitutio censuit esse puniendos: ita nec conductoribus et possessionis alienae detentoribus impune procedere, si locatoribus forte vel possessionem rerum suarum, quam apud alios precario modo esse concesserant, recuperare secundum leges volentibus, quum nulla sibimet cognita legibus allegatio competeret, duxerint resistendum: et non protinus, id est, non exspectato judiciorum ordine, alienam possessionem recte eam recuperantibus cedere patiantur. Eos namque jubemus pro tanta suae iniquitatis impudentia, si cognitionis judiciariae eventu fuerint condemnati: rei, cujus possessionem sponte restituere usque ad definitivam sententiam minime passi sunt, aestimationem victrici parti una cum ipsa re praebere compelli. — vgl. l. 34. (33.) Cod. de loc. 4, 65. cit. — Der historische Zusammenhang von Zenos Verordnung mit der l. 7. Cod. unde vi. 8, 4. von Valentinian geht uns hier nicht an.

deren Werthbetrag herausgeben solle, obschon diese Bestimmung den Charakter ihrer Zeit nicht verleugnet, sehr wohl gerechtfertigt.

Gewöhnlich faßt man freilich die Klage, von welcher l. 10. Cod. cit. redet, als die Contractsklage auf [33]); allein, daß jene Stelle eine Besitzklage meine, dafür spricht einmal ihre Aufnahme in den Titel unde vi; ferner aber entscheidend der Umstand, daß neben den Fällen einer contractsmäßigen Ueberlassung der Detention, deren Rückgabe allerdings mit einer Contractsklage gefordert werden könnte, von dem Falle einer precario geschehenen Besitzübertragung geredet wird, in dem eine Contractsklage durchaus unstatthaft erscheint, weil der Abschluß eines zur Rückgabe verpflichtenden Contractes dem Begriffe des precarium widerspricht [34]). — Das Gleiche, was hier von den Interdicten

[33]) s. z. B. Puchta, Pand. §. 366. Note l. — Man könnte nun denken, daß der mit dem Interdicte abgewiesene Kläger die Contractsklage werde folgen lassen, und daß in der Aussicht mittels dieser zur Herausgabe des widerrechtlich vorenthaltenen Besitzes angehalten zu werden der Beklagte schon gegenüber dem Interdicte den klägerischen Besitz nicht leugnen werde. Allein wenn der Kläger z. B. aus dem Pachtverhältnisse auf Rückgabe des, mit dem Interdicte vergebens begehrten, Pachtgegenstandes klagen wollte, so müßte er behaupten, daß er dem Beklagten die Detention jenes Gegenstandes übertragen habe. Die hierzu nöthige Verfügung über denselben hätte er jedoch nur entweder kraft eignen juristischen Besitzes oder mit Einwilligung eines dritten juristischen Besitzers haben können: nun aber steht bereits das Gegentheil des Erstern rechtskräftig fest; und das Andre wird sich als der Wahrheit zuwider nicht beweisen lassen: folglich muß die Contractsklage ohne Erfolg bleiben.

[34]) l. 15. §. 3. D. de precario. 43, 26. (Pompon.) l. 14. (Paull.) l. 22. §. 1. eod. (Venulej.) — Dawider führt man wohl an l. 2. §. 2. (Ulp.) und l. 19. §. 2. eod. (Julian.), wonach mit dem interdictum de precario eine actio praescriptis verbis concurriren soll. Wenn jedoch z. B. Puchta Pand. §. 136. Note b. und v. Vangerow Lehrb. Bd. 3. §. 691. behaupten, es sei „später“ das Precarium als Innominatcontract aufgefaßt, so dürfte sich eine solche Vereinigung der Stellen einfach damit widerlegen, daß l. 19. §. 2. von Julian ist. Allein es liegt gar kein Widerspruch vor: denn die Statthaftigkeit jener actio praescriptis verbis macht keineswegs die Annahme eines Innominatcontractes nöthig. Diese actio praesc. verb. oder incerti condictio scheint mir vielmehr genau dieselbe Klage, wie diejenige, mit welcher der in einer ungültigen Schenkung von einem Ehegatten auf den andern übertragene Besitz condicirt wird. l. 6. D. de donat. i. v. e. u. 24, 1. vgl. Puchta Instit. Bd. 2. §. 165. Note iii. v. Savigny, Syst. Bd. V. §. 217. Note o. p. 98. — Wenn selbst eine condictio wirklich immer eine actio stricti juris ist: so könnte die Identität dieser incerti condictio mit der actio praesc. verb. noch

gesagt ist, läst sich übrigens auch auf den Fall anwenden, wo der Verpächter ꝛc. die rei vindicatio anstellt. Ja, die Worte der l. 34. cit. de locato. scheinen nicht ungeeignet in ihnen dies ausgesprochen zu finden, indem es dort heist: si non eam [sc. possessionem] d o m i n i s recuperare volentibus restituerint.

Ein ganz anderes Motiv des Leugnens als bisher war nun aber in ähnlichen Fällen mit den Anordnungen der l. 14. Cod. de comp. gegeben. Das Pachtverhältniß u. s. w., worauf jemand mit gutem Grunde seinen Anspruch auf die Fortdauer des Besitzes stützte, den der Verpächter von ihm zurückverlangte, kam nicht allein gleichzeitig mit dem Klaggrunde zum Beweise, sondern es muste auch voraussichtlich in derselben Zeit bewiesen werden können, wenn der Richter darauf Rücksicht nehmen sollte. Ja, war der Klaggrund unbestritten, so muste der Streitgegenstand augenblicklich restituirt werden, wenn nicht auch der Vertheidigungsgrund unbestritten war. Welche Versuchung für den Beklagten, dessen Rechtsanspruch nur ein wenig zweifelhaft erschien, den Klaggrund selbst gegen besseres Wissen zu leugnen, lediglich um, während dieser erwiesen wurde, Zeit zum Beweise seines Gegenanspruchs zu gewinnen! Hier nun die alte Strafe des dolosen Leugnens eintreten zu lassen wäre unerhört hart und gewiß, wie man schon in den Gerichten, jedoch nicht ohne Widerspruch, annahm [35]), außer der Meinung des Kaisers Zeno gewesen, der nur das dolose Leugnen in gewinnsüchtiger Absicht strafen wollte.

Deshalb sah sich Justinian, der gleichwohl ein wissentliches Leugnen auch ohne diese Absicht nicht straflos zu lassen gedachte, unter ausdrücklicher Ausschließung der Bestimmungen Zenos — *αἱ μὲν ἄλλαι πᾶσαι σχολαζέτωσαν γνῶμαι, αἱ τοῖς πρὸ ἡμῶν*

---

vertheidigt werden. s. Puchta c. l. Note kkk. ferner z. B. l. 65. § 4. l. 66. D. de cond. indeb. 12, 6. l. 11. §. 1. D. de injur. 47, 10. u. s. w. vgl. v. Keller, Civilpr. Note 480. v. Savigny, c l. Beil. XIII. 12. Note s. p. 485. — Wäre es nicht möglich, daß die Condictionen ohne Contract auf ein incertum, die schwerlich durchgehends, wenn irgend, eine demonstratio gehabt haben, soweit sie eine solche nicht hatten, actiones praescriptis verbis gewesen? vgl v. Savigny c. l. Beil XIV. 34. p 617.

[35]) Nov. 18. c. 10. a. A. — de quo saepe in judiciis dissensiones fuerunt.

παραστῆσαι — zur Vorschrift der Nov. 18. c. 10. bewogen. Als den hier behandelten Fall fasse ich nämlich den folgenden auf. A. hat dem B. seine Sache z. B. verpfändet und stellt darauf gegen ihn, der in den Besitz des Pfandgegenstandes gelangt ist, die Vindication desselben an. B. leugnet principaliter das Eigenthum des Klägers und vertheidigt sich eventuell mit seinem Pfandrechte. Beide werden zum Beweise A. seines Klaggrundes, B. seines Pfandrechtes gelassen; und wenn damit auch nicht definitiv über die Statthaftigkeit der Compensation selbst für den Fall entschieden ist, wenn A. seinen Beweis schneller als B. den seinigen erbringen sollte [36]: so scheint anderseits noch keinesweges nach l. 14. Cod. de comp. die Verwerfung der Compensation geboten. Denn es konnte ja sein, daß die demnächstige Erledigung des Beweises der Gegenforderung zu erwarten stand, und dann wäre die Verweisung ad separatum eine Unbilligkeit gegen den Beklagten gewesen, die Justinian in l. 14. gewiß nicht vorschrieb. Die Novelle bestimmt nun gerade für diesen Fall, daß B. zur Strafe seines Leugnens die Sache herauszugeben schuldig sein und mit seinem etwaigen Anspruche noch jetzt ad separatum verwiesen werden soll: eine Strafe, die, von unserm Gesichtspuncte aus, nicht allein modica und humana, sondern mit Recht ipsi rei conveniens genannt werden muß; während es sonst unbegreiflich erschiene, wie Justinian, der so sehr gegen chicaneuses Processiren eifert, hier so gelinde ist. Es liegt hier im Leugnen wirklich keine eigentliche Chicane, sondern nur der sehr verzeihliche Versuch des Beklagten sich die Compensation zu sichern.

Dieser Auffassung wird man vielleicht vorwerfen, sie identificire zwei in der Novelle unterschiedene Personen, nämlich den Kläger und denjenigen, der dem Beklagten den Besitz des streitigen Gegenstandes übertragen hat. Ich gebe zu, daß die Worte eine solche Auseinanderhaltung zulassen [37]; leugne jedoch, daß sie dieselbe erfordern. Der Wortschwall der ganzen Stelle, der sich recht deutlich auch in dem Satze äußert: περὶ οὗ φησὶν ὁ διώκων, ἀναγκασθείη δὲ ὁ τὴν ἀγωγὴν ποιούμενος — dürfte selbst den allerdings auffallenden Ausdruck: ἐκείνου, περὶ οὗ φησὶν ὁ

---

[36]) da Beweisurtheile nicht rechtskräftig wurden. s. Planck, die Lehre von dem Beweisurtheil. Gött. 1848. §. 15. namentlich p. 125 f.

[37]) Auf das πράγματα ἑτέρου will ich kein zu großes Gewicht legen.

διώκων entschuldigen, ohne daß derselbe gegen die Identität des κεῖνος und des διώκων spräche. Der Sinn aber setzt diese Iden=ität voraus. Welche Klage nämlich sollte es sein, mit der ein dritter die Herausgabe einer fremden Sache verlangte? Eine persönliche Klage gegen den Besitzer, mit dem er in keinem obli=gatorischen Verhältnisse steht, könnte er nur als Cessionar anstel=en. Abgesehen indessen davon, daß von einer Cession nichts ge=agt wird, daß außerdem gegenüber dem Cedenten selber schwer=ich anderes Recht gelten würde: wozu käme es bei einer solchen Klage auf das Eigenthum eines andern am Streitgegenstande an? Von den in rem actiones schliest sich zunächst die rei vin-dicatio sowohl als die publiciana in rem actio aus: denn wie sollte das Eigenthum oder der Usucapionsbesitz der im Besitze des Beklagten befindlichen Sache von dem frühern Eigenthümer oder bonae fidei Besitzer auf den Kläger übergegangen sein? Und in der That wird ja immer von einem fortdauernden Eigen=thume desjenigen geredet, der dem Beklagten den Besitz der frag=lichen Sache übertragen hat. Man könnte sodann auf die Klage des Emphyteuten, Superficiars, Nutznießers rathen, wenn man nämlich einen Entstehungsgrund für die Berechtigung dieser Per=sonen voraussetzt, bei dem Besitzübergang nicht erfordert wird. Allein diese Fälle sind sicherlich zu unbedeutend, als daß Justi=nian, wenn er an sie gedacht hätte, hätte erwarten dürfen, der Leser würde sie auch ohne ihre, ganz unverständig ausgelassene, Bezeichnung haben erkennen müssen. So bleibt endlich nur noch die vindicatio pignoris, woran auch die Erwähnung des Pfand=rechtes als desjenigen Rechtes erinnert, kraft dessen der Beklagte dem Kläger überlegen zu sein behauptet. Jedoch erstens wird auch der Pfandklage mit keinem Worte gedacht; zweitens werden neben dem Pfandrechte, womit der Beklagte sich vertheidigen soll, noch aliae caussae genannt. Dies aber können persönliche An=sprüche gegen den Eigenthümer nicht sein, weil solche eben nur gegen dessen Person gerichtet sind. Ein Vertheidigungsgrund je=doch, der sich auf ein dingliches Recht an dem Streitgegenstande stützt, wird noch im spätestens römischen Processe, wie wir so=gleich sehen werden, gegenüber der Pfandklage ope exceptionis geltendgemacht; und deshalb kann unter den aliae caussae auch ein solcher nicht gemeint sein, da aus der Novelle selbst, wie oben bemerkt ist, hervorgeht, daß der Beweis des Vertheidigungs=

grundes in dem dort besprochenen Falle wenigstens denkbarerweise gleichzeitig mit dem Beweise des Klaggrundes verhandelt werde. Auch die Pfandklage also kann es nicht sein, von der das fragliche Gesetz redet. — Es bleibt mithin schwerlich eine andere Annahme übrig, als daß es der Eigenthümer selber ist, welcher die rei vindicatio anstellt. Doch würde auch der Ausdehnung der in der Novelle getroffenen Bestimmung auf die possessorische Klage nichts im Wege stehen. —

Endlich bleiben noch diejenigen Einwürfe zu erledigen, welche man aus dem unleugbaren Vorhandensein einiger exceptiones noch im neuesten Rechte herleiten könnte. Es sind dies die exceptiones dominii, rei venditae et traditae, hypothecae, rei ususfructus nomine traditae.

Wenn, könnte man sagen, die Compensation bei in rem actiones in dem Gegeneinandergeltendmachen zweier gleichartiger Ansprüche auf dieselbe Sache besteht; und dieses Gegeneinandergeltendmachen ohne exceptio vor sich gehen soll —: wie erklären sich dann jene exceptiones?

Darauf ist die Antwort nicht so schwer.

Was zuerst die exceptio justi dominii und rei venditae et traditae anbetrifft [38]), so wird gewiß niemand leugnen, daß die ihnen gegenüberstehenden mit der publiciana in rem actio und resp. mit der rei vindicatio erhobenen Ansprüche auf den Besitz

---

[38]) 1. l. 4. §. 32. D. de doli m. exc. 44, 4. l. 57. D. mand. 17, 1. l. 28. D. de noxal. act. 9, 4.

2. l. 4. § 32 cit. tit. D. de exc. rei vend. et trad. 21, 3. — Die letzten Worte der, übrigens nicht interpolationsfreien, l. 4. §. 32. cit. ut per hoc intelligeretur eum fundum rursum vendidisse, quem in bonis non haberet — lassen freilich erhebliche Zweifel offen, ob nicht in dem hier und in ähnlichen Stellen behandelten Falle die ganze exceptio mehr aus einer Kurzsichtigkeit der Compilatoren, als aus reiflicher Ueberlegung stehen geblieben sei. Der Verkäufer, sagt Ulpian, soll so angesehen werden, als hätte er den fundus gar nicht in bonis: es muß also wohl der Käufer sein, der denselben in bonis, d. h. im bonitarischen Eigenthume, hat. Nun giebt es im justinianeischen Rechte nur Ein Eigenthum, und zwar ist in den Fällen, in denen früher das jus Quiritium und das in bonis bei verschiedenen Personen waren, der frühere bonitarische Eigenthümer als der alleinige Eigenthümer anerkannt. Folgerecht hätte also auch wohl hier an die Stelle des in bonis das wirkliche Eigenthum treten, und damit natürlich der Inhalt der l. cit. wegfallen müssen.

der streitigen Sache nur Scheinansprüche sind. Das Anrecht des Eigenthümers in jenem Falle, das Anrecht desjenigen, dem oder dessen Auctor die Sache vom Kläger oder dessen Auctor ex justa caussa tradirt worden ist, ohne sofort in sein Eigenthum überzugehen, in diesem Falle, — diese Anrechte schließen in der That die Ansprüche der Kläger völlig aus. Mit einem solchen Verhältnisse aber ist jede Compensation unvereinbar. Denn Compensation ist das Gegeneinanderaufwägen, das Eingegenanderabthun zweier wirklicher, wennschon nicht gerade gleichstarker [39]), Ansprüche. Auf das Verhältniß dagegen des Besitzanspruches, der aus dem Eigenthume, und dessen, der aus dem Pachtvertrage entspringt, ist die Compensation durchaus anwendbar. Denn hier wird der Anspruch des Eigenthümers anerkannt, indem die Sache dem Pächter bleibt: jener Anspruch wird mit diesem und in diesem, soweit derselbe geht, erfüllt.

Nicht anders als mit den eben gedachten Exceptionen ist es mit der Einrede des bessern oder des gleich guten Pfandrechtes [40]). Der Anspruch, den der posterior creditor auf den Besitz des Pfandobjectes hat, fängt ebenda an, wo der gleiche Anspruch des prior creditor aufhört. Auch hier kann daher von Compensation, von dem Abthun des einen Anspruchs durch den andern und mit dem andern, nicht die Rede sein.

Die exceptio rei ususfructus nomine traditae [41]) endlich erklärt sich, glaube ich, auch ohne die Annahme, daß die Compilatoren die Stellen, worin ihrer Erwähnung geschieht, aus Versehen haben stehen lassen. Durch die Existenz nämlich des Nießbrauchs ist der volle Inhalt des Eigenthums in zwei selbständige Stücke gespalten, welche, von den römischen Juristen als nuda proprietas und ususfructus unterschieden [42]), so durchaus neben einander liegen, daß die Ausübung des einen die Ausübung der

[39]) Man denke nur daran, daß auch naturales obligationes in compensationem veniunt.

[40]) l. 12. pr. l. 16. l. 14. D. qui pot. in pign. 20, 5. l. 19. D. de exc. rei jud. 44, 2.

[41]) l. 7. pr. D. usufr. quemadm. 7, 9. Exceptio doli wird sie genannt in l. 26. D. de legat. II. — s. auch l. 33. D. de R. V. 6, 1.

[42]) s. z. B. §. 1. J. de usufr. 2, 4.

andern, wie dies bei der Compensation nothwendig wäre, unmöglich einschließen kann [43]).

Weit entfernt also unsere Ansicht von der Compensation bei in rem actiones zu widerlegen, möchte das Fortbestehen gerade dieser exceptiones, während die auf obligatorische Rechte gestützten Einreden, soviel mir bekannt, verschwunden sind, ein nicht unerhebliches Argument für die Richtigkeit jener Ansicht sein. — Und damit halte ich meine gegenwärtige Aufgabe für gelöst.

---

[43]) Das Pfandrecht steht zum Eigenthume in einem wesentlich anderen Verhältnisse, als die übrigen jura in re aliena. vgl. z. B. v. Vangerow, Lehrb. Bd. I. §. 363 Anm. 2. Arndts, Pand. §. 364. §. 126. Nicht unerheblich dürfte hiebei auch der Umstand sein, daß der Eigenthümer des Pfandobjectes jederzeit das Pfandrecht aufzuheben vermag, insofern also, selbst wenn er nicht der Verpfänder oder dessen Erbe ist, jedenfalls das Pfandrecht mit seinem Willen fortbesteht. So erscheint die Auffassung des Pfandgläubigers als Stellvertreters des Eigenthümers auch in diesem Falle gerechtfertigt. l. 29. D. fam. ercisc. 10, 2. (Die exceptio, welche nach dieser Stelle adversus dominum vindicantem gegeben wird, ist nicht auf das eigne Pfandrecht des Beklagten, sondern auf die Verwendung gestützt, die er im Interesse des dominus durch Auskaufen des andern Pfandgläubigers gemacht hat. l. 1. pr. l. 2. D. quib. mod. pign. 20, 6. Es ist dieselbe Retentionseinrede, welche in l. 65. D. de R. V. 6, 1. behandelt wird.) l. 10 §. 1. D. quib. mod. pign. 20, 6. §. 1. J. quib. alien. lic. 2, 8. u. s. w. — Wird daher das Pfandrecht gegenüber der Klage des Eigenthümers selbst geltendgemacht, so kann darin zugleich eine solche Anerkennung und Ausübung des Eigenthums liegen, wie wir sie zum Begriffe der Compensation bei in rem actiones fordern.

Zusätze und Verbesserungen.

S. 3. Z. 2. v. oben lies aufs neue.
" 5. Z 2. v. oben lies standen ihnen.
" 7. Note 2. statt Constant. lies Constantius et Constans.
" 13. Z. 5. v. oben statt Gallen lies Gallien.
" 14. Z. 11 u. 12. v. oben statt hat bekanntlich Constantin der Große lies haben bekanntlich die Söhne Constantins des Großen.
" 14. Z. 30. v. oben lies hereditatis.
" 16. " 5. v. oben statt Schon lies So schon.
" 53. " 4. v. oben ist hinter legatum peculii einzuschalten per vindicationem.
" 54. Z. 7. v. unten statt ist lies scheint mir. (Es giebt nämlich allerdings eine andre Erklärung, und diese ist sogar die herrschende.)
" 71. Z. 13. v. unten lies bona fides.
" 75. " 15. v. unten ist hinzuzufügen Dernburg p. 467.
" — " 5. v. unten lies judicium.
" 91. " 6. v. unten lies κομπενσατίονα.
" 117. " 12. v. unten lies Basiliken.
" 118. " 3. v. unten lies in den.
" 119. " 8. v unten lies des sinkenden Römischen Reichs.
" 128. " 2. v. unten ist hinzuzufügen Bekker, die proceß. Consumption. p. 92 f.
" 131. " 19. v. oben lies rat. rem hab.
" 138. " 15. v. oben lies compensationes.
" 152. " 8. v. oben lies wäre das möglich.
" 174. " 1. v. oben lies §. 16.
" 175. " 20. v. oben lies compensari.
" 204. " 2. v. unten lies 46, 3. statt 46, 4.
" 224. " 8. v. oben lies heredibus statt beredibus.

Druck der Univ.-Buchdruckerei von E. A. Huth in Göttingen.



